Vorhoff
der gantzen
JURIS-PRUDENZ,
Oder
Vollständige Einleitung
zum
Jure Civili, Feudali, Canonico
und Publico.

Sechs und zwantzigster Theil.

Braunschweig, MDCC XXXII.
Zu finden bey Simon Jacob Mengern.

LIBER. III.

CONTINVATIO

TIT. XV.

QVIBVS MODIS RE CONTRAHITVR OBLIGATIO.

Hingegen ist auch der Commodans schuldig und verbunden, dem Commodatario den Gebrauch und Nutzen der ihm geliehenen Sache nicht intempestive i. e ante finitum usum wegzunehmen, weil der Commodans gleichfals an den Contract gebunden, folglich wenn er mir sein Pferd auf 4. Wochen gelichen, kan er nicht vor Verlauff dieser 4. Wochen das Pferd wieder fordern, und wenn er solches eigenmächtiger Weise mir nimmt, bin ich allerdings berechtiget, ihn vermittelst der actionis ad interesse zu Ersetzung al-

les mir dadurch zuwachsenden Schadens und Verlustes anzuhalten, cum nec illa quæ ex benignitate profecta pro lubitu sint revocanda l. 10. §. fin. ff. de bon. poss contr. Tabb. l. 17. §. 3. ff. commodati l. 75. ff. de R. J. Lauterb. Coll. Theor. Pract. l. c. §. 11. Stryck. ad Lauterb. C. J. l. c. verb. *auferre nequit*. p. 380. Auch in denselben Falle wenn der Commodatarius gleich vor der Zeit des usus finiti gestorben. Z. E. der Commodans leihet ihm auf ein gantzes Jahr den Gebrauch des Fischens, es stirbet aber der Commodatarius ein viertel Jahr darauf, so kan der Commodans doch nicht den Gebrauch des Fischens wieder einziehen, vielmehr gehöret solches die noch übrigen drey viertel Jahre über dem des Commodatarii Erben zu. Jus enim utendi ex contractu quæsitum etiam ad hæredes devolvitur l. 13. C. de contr. stipul. Bachovius ad Treütler. Vol. 1. Disp. 24. th. 5. lit. F. Es wäre denn daß dem Commodanti eine gantz neue und nicht vermuthete Ursache aufgestossen, derentwegen er solche Sache selbst brauchet, nicht anders als wie bey dem Contractu Locati Conducti geschiehet, als bey welchem auch dieser Contract aufhöret, wenn dem Verpachter eine solche unvermuthete Ursache und Casus, die er nicht zum voraus sehen können vorstösset, derentwegen er die verpachtete Sache nunmehr selbst höchstnothwendig brauchet. Daher man denn auch diese Regul hierbey zum Grunde setzet. Ex

qua

qua causa rem locatam revocare possum, de quo in l. 3. C. locat, ex eadem causa multo magis revocare possum commodatum. Hahn ad Wesenbec. Tit. Commodati n. 11. Folglich wenn dem Commodanti eine solche Ursache vorstosset, die er nicht zum voraus sehen können, und derentwegen er seine Sache selber unumgänglich nöthig brauchet, so kan er auch ante finitum usum u. vor der Zeit solche dem Commodatario geliehene Sache wieder fordern, ohne daß er diesem ad Interesse præstandum verbunden sey, aus Ursachen, quia dominus ex commodato nullam utilitatem habet, nec etiam in proprium damnum res suas alteri commodare voluisse censetur cum sibi ipsi proximus sit l. 6. C. de servit. & aqv. Zoes. ad ff. commodati n. 20. Struvii Decis. Sabbath. cap. 5. Dec. 1. Lauterb. C. J. Tit. commod. p. m. 220. verb. *necessariam* ibique Stryck. in Not.

Der Effect dieses Contractes beruhet nun darinnen, daß nehmlich alle beyde Contrahenten nach geschlossenen Contract daraus verbunden werden, und zwar der Commodatarius principaliter, der commodans hingegen minus principaliter und secundario. Daher entstehen denn zwey actiones: die eine heisset actio commodati directa, welche wider den principaliter obligirten Commodatarium angestellet wird, die andere aber ist die actio commodati contraria, welche wider den minus principaliter und secundario

verbundenen Commodanten angestellet wird. Vinnius ad §. 2. J. h. t. Bachov. ad Trentlerum Vol. 1. Disp. 24. th. 4. lit. D. Lauterb. Coll. Theor. Pract. l. c. §. 13.

Zuerst wollen wir nun von der actione commodati directa handeln. Diese actio commodati directa ist nun nichts anders als eine actio personalis competens commodanti ejusque hæredibus, adversus commodatarium, ejusque hæredes ad rem commodatam repetendam §. 2. J. h. t. Sie ist deßwegen eine actio personalis, weil sie aus einem contractu herrühret, alle aus einem contractu herrührende actiones aber personales sind. Solche kan nicht etwa der Commodans alleine, sondern auch dessen Erben anstellen, wie ich sie denn auch nicht etwan alleine wider den Commodatarium, sondern auch wider dessen nachgelassene Erben anzustellen befugt bin, hingegen mag ich sie nicht contra tertium possessorem anstellen. Daher wenn der Commodatarius solche Sache einem andern verkauffet hat, mag ich wider den Käuffer solcher meiner dem Commodatario geliehenen und von ihm verkaufften Sache nicht etwan diese actionem commodati anstellen, sondern will ich den tertium possessorem deßhalber in Anspruch nehmen, muß ich solches vermittelst der Rei Vindication thun. Welcher Unterscheid sich hauptsächlich ratione des modi probandi äussert, angesehen bey der actione commodati directa ich weiter

ter nichts beweisen darff, als daß ich dem andern eine Sache geliehen habe, hingegen bey der Rei Vindication muß ich das Eigenthum der vindicirten Sache beweisen.

Wenn ich nun die Erben des Commodatarii mit dieser actione commodati directa belange, deren aber sind viele, so ist ein ieder nur pro portione hæreditaria verbunden aus Ursachen, quia actiones personales ipso jure inter heredes sunt divisæ. Ergo qui pro quinta parte hæres, pro quinta parte tenetur commodatum restituere l. 3. §. 3. ff. commod. es wäre denn die Sache so beschaffen, ut unus ex suo facto conveniatur. Z. E. der eine Erbe hat die geliehene Sache verderbet, als in welchen Falle weder die andern Erben belanget, noch zur Bezahlung pro rata angehalten werden können. l. 17. §. 2. ff eod. Berger. Oecon. Jur. Lib. 3. Tit. 2. th. 7. not. 2. Eben so verhält es sich, wenn nur einer die Sache hat, und also im Stande ist solche geliehene Sache zu geben, da denn ich denselben alleine, nicht aber seine Neben-Erben zugleich belangen mag, und ist dieser alleine schuldig und verbunden, solche Sache auszuantworten, salvo regressu contra coheredes, si forte huic soli res in hereditate assignata l. 3. §. 3. ff. eod. Lauterb. C. J. tit. cit. p. 221. verb. *habeat* ibique Stryck. in Not. Gleichergestalt wenn der commodatarius vielen eine Sache indivisim geliehen hat, & omnium fidem in solidum secutus sit, so kan ich

einen ieden von denenselben in solidum belangen, iedoch, wenn einer mich contentiret hat, so werden die andern in Ansehung meiner dadurch liberiret, quia semel tantum mea interest. Struvii S. J. C. Ex. 19. th. 9. ibique Muller. in Not. wiewohl in dubio nicht davor gehalten wird, daß sich ein iedweder davor in solidum verobligiret habe, vielmehr muß ich dasselbe zuförderst erweisen, wenn ich einen davon alleine gäntzlich belangen will. Und wenn ich dieses nicht beweisen kan, so muß ich einen ieden nur pro rata belangen. Daher in dubio, wenn ich ihrer dreyen einen Wagen leihe, dieser Wagen kömt weg durch ihr versehen, da sind sie nicht obligiret in solidum sondern pro rata, und muß ich also einen ieden verklagen an den Antheile des Wehrthes dieser Sache, siquidem in dubio obligatio inter plures nata non est obligatio correalis sed saltem pro rata Hahn. ad Wesenbec. l. c. Frantzk. d. t. n. 28. Frommann. Disp. de correali obligatione th. 5 Lauterb. Disp. de obligatione sociorum ex conventione cum extraneis inita §. 37.

Diese actio commodati directa gehet nun dahin, daß ich den andern vermittelst derselben anhalte, er solle mir dieselbe ihm geliehene Sache gantz und ohne Schaden in dem Stande, wie sie der Commodatarius bekommen hat, wiedergeben §. 2. J. h. t. und zwar solle er mir eben dieselbe Sache, die ich ihm geliehen habe in specie, nicht aber eine andere Sache ejusdem generis

ris, qualitatis & bonitatis wieder geben. Und fordere ich mit derselben auch zugleich die accessiones und fructus von derselben Sache. Daher wenn eine res immobilis geliehen worden, an dieselbe ist per alluvionem was gesetzet worden, muß mir der Commodatarius auch diese accession, so wohl als alle andere fructus, die er von solcher Sache gezogen hat, und zwar contra legem contractus, (nicht aber diejenigen Nutzungen, zu welchen sie dem Commodatario geliehen worden) wieder ausantworten. Cum enim periculum sine commodatarii culpa in re commodata contingens ad commodantem pertineat, merito quoque ejus fructus & quæstus ipsi sunt restituendi. So muß auch der commodatarius dem commodanti die ihm geliehene Sache an demjenigen Orte, in quo fuit commodata restituiren, aus Ursachen, weil dieses der Locus contractus, hingegen bekandt ist, in quocunque loco contractus est celebratus, in eo iterum est dissolvendus arg. l. 5. pr. ff. commod. Es muß auch der commodatarius dem commodanti die ihm geliehene Sache auf seine eigene Unkosten restituiren, als welcher überhaupt alle Unkosten, die auf Erhaltung der rei commodatæ verwendet werden müssen, über sich nehmen muß.

Es gehet auch die actio commodati darauf, daß wenn der Commodatarius die rem commodatam verderbt hat, er auch schuldig sey das Interesse davor zu præstiren, d.i. den Schaden

den der Commodans durch Verderbung dieser Sache erlitten hat, zu ersetzen. Non enim videtur res reddita, nisi, quod interest præstetur. Daferne aber die Verderbung solcher geliehenen Sache recht enorm ist, ist der Commodans nicht einmahl schuldig, dieselbe Sache wieder anzunehmen, sondern es muß ihm der Commodatarius den Werth derselben geben. Struv. S. J. C. Ex. 19. th. 8. Sonst bleibt es bey der Regul, daß der commodatarius die Sache dem commodanti restituiren, und daferne solche verderbet, das Interesse præstiren müsse. Und schadet es nichts, wenn gleich der Commodans die verderbete Sache wissentlich angenommen, und das Interesse nicht sogleich gefordert hat, wie Stryck. ad Lauterb. comp. Jur. Tit. commodati verb. *dubitat.* solches gar gründlich folgendergestalt behauptet. Nemo enim actioni semel natæ renunciasse censetur. Cum ergo actio commodati ad refusionem damni ob deteriorationem rei semel nata sit liberum sane commodanti fuit, an mox an ex intervallo actionem hanc instituere velit, indeque non statuendum, quod sola rei commodatæ receptione quis damni refusionem remiserit, quia nulla remissio præsumitur, sed liquido probanda. Tacens enim extra judicium juri suo non renunciat, sed potius salvo jure tacuisse censetur. Aliud si commodatarius damnum datum excuset, & commodans ita taceat.

Eine andere Frage ist es, wenn die gantze geliehene Sache unnützlich und unbrauchbar gemacht worden, oder gantz in totum umgekommen, wie es damit gehalten werde?. da es denn zu gedencken, daß es folgendergestalt gehalten werde. Wenn dieselbe Sache aus Verschulden des Commodatarii, oder post ejus moram gäntzlich unnützlich worden, oder gantz in totum umgekommen, (denn wenn sie in ipso usu umgekommen und verderbet worden, z. E. ich leihe einem ein Pferd zum Duell, und es wird im Duell erschossen, so bin ich nicht schuldig davor zu repondiren, und dem Commodatario den Schaden zu ersetzen. Præstatio enim culparum spectat ad naturalia contractuum, hinc pactis mutari potest) so ist der commodatarius schuldig den Wehrt der geliehenen Sache dem Commodanti wieder zu ersetzen. Darbey denn in Ansehung des Wehrtes, wie derselbe zu ermessen Stryck. ad Lauterb. C. J. l. c. verb. *rei æstimationem* folgende Observation machet. Et quidem si res post litem contestatam peremta, æstimat Judex, habito respectu rei tempore judicati. Sed si ante litem contestatam & quidem culpa commodatarii perierit, juramento veritatis ab ipso commodante res æstimatur. Quod si dolus rei concurrat, locum habet juramentum affectionis a commodante præstandum. Und von solcher Schuldigkeit den Wehrt der gantz unbrauchbar gemachten Sache wieder zu ersetzen, kan sich der Commodata-

datarius auch nicht loßhelffen, wenn auch gleich derselbe dem Commodanti eine andere gleichmäßige Sache von gleicher Arth und Güte geben wolte, und kan er solches dem Commodanti wider seinen Willen nicht aufdringen. Quia post corruptionem rei commodatæ mihi semel actio nata est ad æstimationem, pro qua postea, mihi invito aliud solvi nequit. Ut ita libro simili contentus esse non cogar, sed præcise ad interesse agere possim. Lauterb. coll. Jur. Theor. Pract. Lib. XIII. Tit. 6. §. 17.

Es ist aber der Commodatarius alsdenn erst verbunden, das Interesse oder æstimationem deteriorationis oder rei peremptæ zu geben, wenn derselbe Schaden durch sein Versehen, oder nach seinen Verzug in Wiedergebung derselben ihm geliehenen Sache entstanden ist. Dahero wenn derselbe Schaden obgedachter massen in den Gebrauch der geliehenen Sache, ohne des Commodatarii Verschulden erwachsen ist, mag er davor nicht repondiren, und darff den Schaden nicht ersetzen, l. 5. §. 7. ff. commodati, so wenig als er schuldig ist, wenn die ihm geliehene Sache durch einen casum fortuitum oder Unglücks-Fall, den er weder voraus sehen, noch verhüten können, verderbet oder gäntzlich umgekommen, so darff er dem Commodanti den Wehrt davon keinesweges ersetzen, aus Ursachen, weil er den casum fortuitum zu tragen nicht verbunden. §. 2. J. h. t. l. 5. §. 4. l. 18. pr. ff. l. 1. C. commod.

Carpz.

Carpz. p. 2. C. 26. Def. 6. Daher folget denn, daß ich den von meinen Feinden an derselben Sache erlittenen Schaden über mich zu nehmen und zu tragen nicht verbunden sey, daferne mir nur nicht importiret werden kan, daß ich zu solchen von meinen Feinden erlittenen Schaden an der mir geliehenen Sache Gelegenheit und Schuld gegeben habe, sondern mir vielmehr dasselbe ohne mein Verschulden zugefüget worden sey. Denn wenn ich zu der Feindschafft rechtmäßige Gelegenheit gegeben habe (denn wenn ich keine erhebliche Ursache zur Feindschaft gegeben habe, und der andere feindet mich ohne mein Verschulden und gegebene erhebliche Ursache zur rechtmäßigen Feindschafft an, so verstehet es sich von sich selbst, daß mir solches nicht beygemessen werden könne) oder der Feind hat sich mit mir versöhnen wollen, und ich habe die Versöhnung ausgeschlagen, so muß ich auch vor diesen von meinen Feinden mir an der mir geliehenen Sache zugefügten Schaden stehen. arg. l. 25. §. 4. ff. locati. Stryck. ad Lauterb. Tit. cit. verb. injuria datum. Sonst bleibt es bey der Regul, daß der Commodatarius vor den casum fortuitum ordentlicher Weise nicht stehen darff, es wäre denn, daß der Commodatarius 1) auch den casum fortuitum & omne periculum über sich genommen habe, l. 1. C. commod. aus Ursachen, weil die naturalia eines jeden Contracts durch die conventionem partium gar wohl kön-

können aufgehoben und verändert werden, folglich auch dieses naturale des contractus commodati, ne de casu fortuito teneretur commodatarius durch den Vergleich derer Partheyen gar wohl verändert werden kan, folglich wenn der Commodatarius auch die casus fortuitos über sich genommen, muß er auch denselben præstiren, und den dadurch erlittenen Schaden dem Commodanti ersetzen. Es wäre denn dieses ein casus insolitissimus, der nehmlich sich in 100. Jahren kaum einmahl zuträget, da denn diesen der Commodatarius nicht tragen darff, ob er auch schon sonst überhaupt die casus fortuitos über sich genommen hat. So leidet obige Regul auch alsdenn ihren Abfall, wenn 2) der Commodatarius zuvorhero eine culpam begangen, daraus nachgehends der casus fortuitus entstanden, oder gefolget sey, und heisset dieses casus fortuitus mixtus v. g. Si commodatarius alio modo re usus, quam permissum, veluti si equum commodatum, ut ad villam adduceret, ad bellum duxerit, oder er hat ein Pferd geliehen, und leihet es wieder einem andern zum Wegleihen, dieses aber wird dem andern gestohlen, oder verbrennet, da muß er alsdenn auch den casum fortuitum præstiren, wenn er gleich denselben ordentlicher Weise nicht über sich genommen hat. l. 5. §. 7. ff. commod. Zum 3) muß er auch den casum fortuitum über sich nehmen, und dem Commodanti daraus erwachsenen Schaden ersetzen,

setzen, ubi ejusdem mora intervenit. Z. E. er hat die geliehene Sache dem Commodanti zu gewisser Zeit wiedergeben sollen, aber zu derselben Zeit ihm nicht wiedergegeben, sondern noch länger bey sich behalten, darauf denn dieselbe Sache durch einen casum fortuitum umgekommen ist, aus Ursachen, quia post moram periculum est morosi Hopp. ad §. 2. J. de oblig. p. m. 637. es könte denn der Commodatarius beweisen, daß dieselbe Sache, wenn er sie gleich dem Commodanti zu gesetzter Zeit wiedergegeben hätte, dennoch eben sowohl bey dem commodanti als bey ihm dem commodatario umgekommen wäre, z. E. es ist die gantze Stadt, u. also des commodantis und commodatarii Haus zugleich abgebrandt, weil alsdenn der commodans keinen Schaden davon hat, und wenn ich ihm dieselbe gleich wiedergeben hätte, dennoch solche auch bey ihm umgekommen und verbrandt wäre.. Zum 4) muß der Commodatarius auch den casum fortuitum über sich nehmen, wenn die Sache bloß des Commodatarii wegen und zu seinen Nutzen, ihm auch æstimato geliehen worden. l. 5. §. 3. ff. comm. Bachov. ad Treutler. Vol. I. Disp. 24. th. 3. Frantzkius l. c. n. 44. sqq. qui existimat, quod æstimatio adjecta augeat unum gradum culpæ, unde si in commodato adjiciatur, quia hic ex natura contractus jam præstanda est culpa levissima, etiam casus fortuitus erit præstandus. Jedoch wird darzu erfodert, daß ausdrücklich ist

ist bedungen worden, es solte der Commodatarius entweder die Sache, oder den definirten Wehrt derselben wieder ersetzen, weil sonst die æstimatio in commodato nicht das dominium transferiret, sondern nur deßwegen hinzugesetzet zu seyn geglaubet wird, damit man wissen könne quanti sit deterioratio Berger in Resolut. Lauterb. Tit. commodati verb. *æstimato commodata*. Ausser diesen Fällen aber bleibt es bey der Regul, daß der commodatarius den casum fortuitum nicht über sich nehmen dürffe.

Hingegen muß der Commodatarius vor allen denjenigen Schaden stehen, und ihn ersetzen, welcher durch sein Verschulden und Nachlässigkeit der geliehenen Sache zugewachsen ist. Darbey denn die Frage ist, was vor einen gradum culpæ er præstiren müsse. Und ist hierbey ausgemachten Rechtens, daß er culpam levissimam zu præstiren schuldig, daferne es ein commodatum regulare, tantum commodatarii gratiâ celebratum sey. l. 5. §. 2. l. 18. pr. ff. commod. §. 2. J. h. t. Frantzk. ad ff. Tit. commod. n. 52. seqq. Daher es denn folget, daß er die ihm geliehene Sache seinen eigenen Sachen vorziehen müsse, so offt Gefahr verhanden ist, und unterstützet dieses Stryck. ad Lauterb. C. J. Tit. cit. verb. *rei propriæ* mit folgenden gegründeten Beweißthümern, quia majorem diligentiam cómmodatis rebus impendere debeo, quam meis sc. vi contractus. Deinde qui in communi periculo

res

res suas tantum liberat, præsumitur in dolo esse. Unde regula, quæ alias ex *L. 6. C. de servit. & aqu.* colligi solet, quod scilicet ordinata charitas incipiat a se ipsa, limitanda, quod tantummodo procedat in *pari* causa: non si vi contractus ad majorem diligentiam in re aliena obligetur. Hingegen leidet diese Sache ihren Abfall hinwiederum, wenn des Commodatarii seine Sachen mehr und höheren Wehrtes sind, als die geliehene Sache des Commodantis, folglich ist derselbe alsdenn nicht schuldig den Wehrt der also ohne sein Verschulden umgekommenen Sache zu ersetzen, so gar, daß wenn er dem ohngeachtet die ihm geliehene Sache, welche aber nicht so viel wehrt ist, als seine eigene Sachen, die ihm dadurch umgekommen und verdorben, gerettet hat, er befugt sey den Commodantem vermittelst der actionis commodati contrariæ darzu anzuhalten, ut rei suæ vilioris pretium restituat. arg. l. 18. ff. commod. Hahn. ad Wesenbec eod. Tit. n. 7. Schilter. Ex. 25. th. 11. sqq. Struv. S. J. C. Ex. 19. th. 8. ibique Muller. Lauterb. Coll. Jur. Theor Pract. Lib. 13. Tit. 6. §. 19.

Bey dem commodato irregulari aber ist zu sagen, daß es in Ansehung der præstationis culpæ sodenn anders gehalten werde. Denn wenn das commodatum utriusque & commodantis & commodatarii gratia geliehen worden, so ist der Commodatarius zu nichts weiters als zur præstatione culpæ levis verbunden. l. 18. pr. ff. commod.

Mantica de tract. & ambig. convent. lib. 9. tit. 2. n. 4. Hingegen, daferne das commodatum lediglich nur commodantis gratia geschehen, und der Commodans hat dem Commodatario solches commodatum angeboten, so ist der Commodatarius zu nichts weiters, als zur præstatione doli, worunter auch die culpa lata stecket, als welche iederzeit, so offt de restitutione rei die Rede ist, unter dem dolo stecket, und demselben æquipariret wird, verbunden, aus Ursachen, quia in contractibus ille, qui se offert, semper conditionem suam reddit deteriorem. l. 5. §. 35. ff. depositi l. 5. §. 10. ff. commod.

Nun ist noch bey der Lehre von dem contractu commodati, die actio commodati contraria übrig, welche gleicherstalt eine actio personalis, competens commodatario ejusque hæredibus adversus commodantem, ejusque hæredes, ad intemnitatem, rei commodatæ nomine consequendam. D. i. es stellet dieselbe der Commodatarius oder dessen Erben wider den commodantem oder dessen Erben zu dem Ende an, damit nehmlich der Commodatarius oder desselben Erben in Ansehung der geliehenen Sache schadloß gehalten werden sollen. Dieses geschiehet nun 1) si usus intempestive revocatus sit, & repetatur res commodata ante finitum usum, z. E. es hat mir einer seine Sache auf 2. Jahr geliehen, er fodert sie aber nach Verlauff eines Jahres wieder von mir ab, in solchem Falle muß er

mir den Nutzen selbst bezahlen, den ich das andere Jahr aus der Sache ziehen können. Utut enim commodatum ab initio magis sit urbanitatis, ex postfacto tamen incipit esse necessitatis, tamdiu scilicet, donec usus finitus, & sic in mutuas præstationes convertitur. Zoes. Tit. ff. commod. n. 19. Es geschiehet auch 2) in denselben Falle, wenn nehmlich der Commodans dem Commodatario wissentlich eine böse Sache geliehen hat, und der Commodatarius hat deßwegen Schaden erlitten, da denn der Commodatarius den Commodantem belangen kan, daß er ihm den Schaden, den er dadurch erlitten hat, ersetze und gut thue. Hingegen wird erfodert, daß der Commodans dieses vitium der rei commodatæ gewust hat. Denn wenn er es nicht gewust hat, so kan er von dem Commodatario nicht in Anspruch genommen werden, quia ita nihil malitiose egit dominus, hinc nulla ratio adesse videtur, quare pro beneficio suo damnum reportare debeat. l 18. §. 3. l. pen. ff. commod. Hahn. ad Wesenb. tit. cit. n. 12. folglich erhellet daraus, daß er nur dolum und culpam latam, welche in omnibus causis civilibus den dolo gleich geschätzet wird, nicht aber culpam levem oder levissimam præstiren müsse. Deßgleichen siehet man auch darauf, ob das vitium rei visibile gewesen sey. Im ersten Falle mag der Commodatarius auch nicht zu Ersetzung des ihm daraus erwachsenen Schadens angehalten werden, weil er sich es selbst

beyzumessen hat, daß er eine solche Sache, der er das vitium hat ansehen können, angenommen hat. Stryck. ad Lauterb. verb. Sciens.

Uber dieses findet auch diese Actio commodati contraria in denselben Falle statt, wenn ich an dieselbe Sache nöthige Unkosten wenden müssen. Und zwar müssen es nicht etwan leves & exiguæ impensæ seyn, als welche der Commodatarius von dem Commodante nicht wieder fordern kan, sondern es müssen seyn impensæ graves wichtige. So werden auch hieher diejenige Unkosten nicht gerechnet, welche, wenn die geliehene Sache ein lebendiges Thier ist, auf dessen Unterhalt und Fressen, auch wenn es kranck gewesen, auf dessen curirung sind verwendet worden, gestalt denn auch diese der Commodatarius nothwendig über sich nehmen müssen. Garsias de Expens. & meliorat. cap. 3. n. 43. Struvii S. J. C. Ex. th. 10. ibique Muller. So müssen es auch utiles seyn, und zwar ab initio, daß nehmlich nicht anders von Anfange vermuthet werden könne, denn daß sie nützlich seyn würden, wenn es gleich nach der Zeit durch einen Zufall gekommen, daß sie keinen Nutzen gegeben. Nur ist in Ansehung dieser impensarum utilium, (nicht aber necessariarum, als von denen es ausser allen Zweiffel ist,) dieses zu gedencken, daß er solche nur alsdenn wieder fordern könne, wenn nehmlich der Eigenthums-Herr und Commodans ihm solches geheissen, oder bewilliget, oder aber der

Com-

Commodatarius hat vermuthlich schliessen können, der Commodans würde solches genehm halten, welches in demselben Falle geschiehet, wenn der Commodans selbst gewohnt ist, dergleichen Unkosten aufzuwenden. Denn da kan ich auch die impensas utiles wieder fordern, weil, ob sie gleich nicht höchstnothwendig gewesen, die Sache dennoch ein grösseres und höheres pretium dadurch bekommen hat. Frantzkius l. c. n. 62. in fine.

So kan ich auch diese Actionem commodati contrariam anstellen in demselben Fall, wenn mir als commodatario die mir geliehene Sache weggekommen, und ich solche dem Commodanti bezahlet habe, es bekömt aber nachgehends der commodans dieselbe Sache wieder in seine Hände, alsdenn stelle ich die actionem commodati contrariam an, zu dem Ende, daß mir der commodans entweder die Sache, oder das Geld, so ich ihm davor bezahlet habe, wiedergeben solle, und stehet es sodenn dem Commodanti anheim, ob er mir die Sache oder das Geld davor heraus geben wolle. l. 17. §. fin. ff. commod. l. 21. pr. ff. cod. Frantzk. h. t. n. 59. & 60. Zoes. h. t. n. 18. Bœhmer. Disp. de libell. alternativo c. 2. §. 6. Struv. Decis. Sabbath. cap. 5. Dec. 4. Brunnem. ad l. 17. ff. commod. n. 8. Hingegen kan auch der commodatarius in diesem Falle, wenn er will, die rei vindication anstellen, und die Sache præcise fodern, da

denn bey angestellter rei vindication die Wahl nicht bey dem commodante sondern dem commodatario ist, und der commodans die Sache præcise wiedergeben muß, aus Ursachen, weil zu der Zeit, da der Commodatarius dem Commodanti die Sache bezahlet hat, das dominium derselben Sache auf ihn gebracht und verfället worden ist. Frantzk. h. t. n. 60. Stryck. ad Lauterb verb. *sit commodatoris*.

Eben dieses aber was der Commodatarius vermittelst der actionis commodati contrariæ fodert, kan er auch, wenn er von dem commodante mit der actione directa belanget wird, durch folgende Mittel erhalten, als erstlich Jure compensationis, z. E. er belanget mich, daß ich ihm die verderbte Sache bezahlen solle. Es ist mir durch des Commodantis Betrug oder culpa lata ein Schaden zugefüget worden, da soll er mir nun also den Schaden gleichergestalt mit baaren Gelde bezahlen, in demselben Falle kan ich mich hierwider mittelst der Excaptionis compensationis schützen, welches aber alsdenn nicht geschehen kan, wenn er die Sache selbst von mir fodert, ich verlange aber den durch seine culpam latam oder dolum vermittelst der rei commodatæ zugefügten Schaden. Denn kan ich mich der restitution nicht durch die compensation entbrechen, quia species cum quantitate compensari nequit, hoc enim si permitteretur, aliud pro alio invito creditore solvi posset, quod tamen jura non permit-

mittunt. So giebt mir auch das Jus retentionis Gelegenheit in demselben Falle, wo ich mich des Juris compensandi nicht gebrauchen kan, mich durch die retention wider die action zu schützen. Z. E. ich soll ihm seine Sache wiedergeben, ich habe aber daran nöthige und solche Unkosten verwendet, die ich von ihm wieder fordern kan, oder es ist mir durch seine culpam oder dolum ein Schaden vermittelst der rei commodatæ zugefüget worden, da kan ich mich nun aus obgedachten Gründen mit der Exceptione compensationis nicht schützen, wohl aber durch das Jus retentionis, und behalte ich alsdenn die Sache so lange zurück bis er mir meinen Schaden oder die aufgewendete Unkosten zugestellet hat. arg. l. 18. ff. de pign. act. l. 4. C. de compens. l. fin. C. commod. Struv. Ex. 19. th. 12. ibique Muller Lauterb. Disp. de retentione th. 24. Jedoch kan ich mich des juris retinendi nur lediglich in Ansehung dererjenigen Forderungen, der ich mittelst der actione commodati contraria einfordern kan, bedienen, nicht aber ob extranea debita z. E. er ist mir ex mutuo 100. Thaler schuldig, da kan ich mich des juris retinendi ex hoc capite nicht bedienen. Stryck. ad Lauterb. verb. jure retentionis.

Der dritte contractus realis ist der contractus pigneratitius oder der Pfand-Contract, davon ich denn in möglicher Kürtze folgendes anführen will. Das Wort pignus wird in denen

Rechten verschiedentlich genommen, als 1) objective vor die Sache selbst, die ich bey einen andern verpfändet habe, 2) effective vor dasjenige Recht, welches ich an der mir verpfändeten Sache besitze, oder 3) a causa efficiente, vor den Contract, darinnen mir eine solche Sache ist verpfändet worden.

Ich will die Beschreibungen sowohl der andern als dritten Bedeutung kürtzlich anfahen. Also wenn das Wort pignus objective und also vor das jus in re selbst genommen wird, so ist es nicht anders zu beschreiben, als daß es sey jus in bonis debitoris Creditori legitime constitutum, in securitatem sui crediti §. 7. J. de action. §. fin. J. quib. mod. re contrah. oblig. l. 238. ff. de V. S. Jurisprud. Forens. Lib. Tit. 35. §. 2. Im dritten Verstande aber ist es nicht anders zu beschreiben, als daß es sey ein contractus realis, quo res in securitatem debiti traditur ut eadem soluto pignoris vinculo in specie restituatur, oder es ist derjenige contractus realis, wo ich nehmlich den andern zu mehrerer Sicherheit der Schuld eine Sache übergebe, daß er solche so lange behalte, bis ich die Schuld abgeführet, und nach dessen Erfolg mir der Glaubiger die ihm Pfands-weise gegebene Sache in specie, d. i. eben diejenige, die ich ihm gegeben habe, wiedergeben soll. Lauterb. coll. Theor. Pract. Lib. 13. Tit. 7. §. 1.

Ich will hier umständlich von der Pfands-Gerechtigkeit handeln, und nur zum voraus erinnern,

innern, daß ich die Pfands-Gerechtigkeit auf verschiedene Weise erhalten könne. Eines theils per conventionem partium, andern theils absque conventione partium secundum juris dispositionem.

Zuerst will ich von der Art, wie per conventionem partium ein pignus constituiret werde, handeln, und dises geschiehet nun vermittelst des kurtz zuvorher beschriebenen Contractus pigneratitii. Dieser Contractus pigneratitius ist nun ein *Contractus nominatus*, quia producit actionem sui nominis scilicet actionem pigneratitiam, *bonæ fidei* quia est bilaterales, omnes vero contractus bilaterales sunt bonæ fidei contractus, und denn ist er auch ein contractus accessorius, weil kein Pfand bestehen kan, wo nicht zuvorher eine andere Obligation vorher gegangen ist, da ist auch kein pignus vorhanden.

Zu diesem Contractu wird nun erfodert consensus, oder daß sowohl der Glaubiger als Schuldner beyderseits einstimmig sind, jener in Annehmung des Pfandes, dieser in Bestellung des Pfandes. Hiernächst wird auch erfodert traditio rei, oder daß der Schuldner dem Gläubiger die Sache würcklich übergeben habe, aus Ursachen, weil ich kein jus reale erlange nisi tradita sit res. Und hierinnen differiren nun das pignus und die hypotheca von einander, weil bey dem pignore nothwendig die Sache übergeben seyn muß, hingegen bey der Hypotheca

brauchet es nicht dieser Tradition, sondern da ist die blosse Conventio genug, obschon die Sache dem Gläubiger nicht würcklich tradiret worden. Nur ist zu dieser Hypothec dieses erforderlich, 1) daß derjenige der dem Gläubiger solche constituiren will, mit derjenigen Sache die er dem Gläubiger verhypotheciren will, gerichtlich beliehen sey, 2) daß der Schuldner selbst um die Constitution der Hypothec den Richter ansuche, nicht aber der Gläubiger, weil die Hypothec, so auf Ansuchen als Gläubigers bestellet worden, keinen Effect hat, 3) muß sie gerichtlich bestellet seyn von dem Richter, unter dessen Jurisdiction die verhypothecirte Sache unmittelbahr gehöret, wenn der auch gleich nur die Nieder- oder Unter-Gerichte hat. Carpz. p. 2. C. 23. Def. 1. In denen übrigen Stücken ist kein Unterscheid unter dem pignore oder der Hypothec weil so wohl ein Pfand als auch eine Hypothec sowohl in mobilibus als immobilibus bestellet werden kan, obgleich sonst gemeiniglich geschiehet, daß die Hypothecen nur bey unbeweglichen Güthern bestellet werden, die beweglichen Sachen aber gröstentheils nur zu Pfändern gegeben werden. Berger. Oecon. Jur. Lib. 2. Tit. 5. th. 1. not. 2.

Diesen Contractum pigneratitium (welches auch von dem Fall zu verstehen, wenn ich iemanden eine Hypothec in mein Vermögen gerichtlich bestellen lasse) kan nun niemand anders eingehen und celebriren, als bloß und allein derjeni-

jenige, welcher sich gültiger Weise dem andern verbinden kan. Und ist dieses nicht allein auf den Schuldner zu ziehen, welcher dem andern zu Sicherheit der Schuld ein Pfand giebt, sondern auch auf den Gläubiger selbst, dem das Pfand gegeben wird, aus Ursachen, weil er selbst vermittelst dieses Pfandes obligiret wird ad culpam levem præstandam folglich wenn ein Pupillus mit dem andern den Contractum pigneratitium angehen und ein Pfand nehmen will, muß die authoritas tutoris dazu kommen, scilicet non hoc effectu, ut pignus retinere possit in suum securitatem, sed ut ipse iterum obligetur suo debitori, ne alius contractus claudicet l. 38. ff. de pignerat. action. Bachov. de pignor. l. 2. cap. 15. & lib. 5. cap. 17. Lauterb. Comp. Jur Tit. de pigner. act. p. m. 230. ibique Stryck. in Not. verb. tutoris auctoritatis.

Nun fragt es sich, was denn vor Sachen zu Pfande gegeben werden können, da es denn ausgemacht, daß alle diejenigen Sachen, welche in commercio sind, und die veräussert werden können, auch gültiger Weise verpfändet werden mögen. Hingegen diejenigen Sachen, welche nicht in commercio sind, und die nicht veräussert werden können, diese mögen auch nicht verpfändet werden, weil in selbigen kein jus in re kan constituiret werden. Daher ist die Rechts-Regul: Quicquid potest alienari, illud poterit quoque pignori dari & contra l. 9. §. 1. ff. de

ff. de pigner. act. Hieraus fliesset nun, daß folgende Sachen nicht mögen verpfändet werden, als da sind die res sacræ, religiosæ und sanctæ l. 3. C. quæ res pignor. Deßgleichen mag auch ein homo liber ein freygebohrner Mensch, wenn er auch gleich ein filiusfamilias ist, nicht verpfändet werden, l. 1. §. fin. ff. quæ res pign. aus Ursachen, weil diese Sachen nicht veräussert werden können, hingegen die Rechts-Regul bekandt, quicquid alienari nequit, nec oppignorari potest. Quodcunque enim prohibitum est in termino, prohibitum quopue censetur in via, sive cujus finis prohibitus, illius etiam media prohibita censentur; Jam vero oppignoratio medium est, quo ad alienationem devenitur, si postea justo tempore non reluatur l. fin. C. de Reb. alien. vel non. Hieraus folget nun, daß der fundus dotalis nicht möge von dem Manne verpfändet werden, wenn er inæstimato datus ist. Denn wenn er dem Manne æstimato und zwar venditionis gratia gegeben ist, so verfällt das Eigenthum desselben fundi dotalis auf den Mann, folglich hat er auch die facultatem alienandi, mithin nach obiger Regul auch die Freyheit denselben fundum dotalem zu verpfänden. Stryck. ad Lauterb. C. J. Tit. quæ res pign. verb. *Fundus dotalis*. So mögen auch die Lehn-Güther ordentlicher Weise (in so ferne nicht in einem Lande denen Lehns-Männern und Vasallen besonders die Freyheit nachgelassen, auch ohne Einwilli-

gung

gung derer Mitbelehnten und des Lehn-Herren ihre Güther nach eigenen Gefallen zu veräussern, oder zu verpfänden, dergleichen in dem Marggrafftthum Lausitz, deßgleichen in Pommern geschiehet,) ihre Lehn-Güther nicht verpfänden, wenn nicht zuförderst der Lehns-Herr und die Mit-Belehnten darein gewilliget haben, welches unten bey dem Lehn-Rechte noch deutlicher erklähret werden soll. Ferner die streitigen Sachen, die von einem andern in Anspruch genommen worden, mögen auch nicht verpfändet, oder verhypotheciret werden, l. 1. ff. quæ res pignor. Eben also die instrumenta rustica, oder das zum Feld- und Ackerbau benöthigte Schiff und Geschirr mag nicht verpfändet werden, quia auferrentur ipsis media colendi agrum, & sic publico damnum inferretur, & agricola privare fundum non potest instrumentis rusticis in præjudicium superioris. l. 7. & 8. C. quæ res pign. Negusantius de pignor. p. 1. m. 3. n. 49. Coler. p. 2. c. 3. n. 188.

Ausser diesen nun können alle und iede Sachen, die da sonst veräussert werden mögen, auch gültiger Weise verpfändet werden, es mögen seyn res corporales oder incorporales, mobiles und immobiles. So gar kan auch eine res aliena gültiger Weise verpfändet werden, ob zwar nur in Ansehung dieses Effects, daß wenn ich sie verpfändet, und ich bezahle den Gläubiger, ich wider ihn die actionem pigneratitiam directam an-

anstellen kan, und darbey nichts weiter beweisen darff, als daß ich ihm dieselbe Sache verpfändet, und die Schuld, davor ich sie dem Gläubiger verpfändet bezahlet habe, keinesweges aber darff ich beweisen, daß mir dieselbe Sache eigenthümlich zustehe. l. 9. §. 4. l. 22. §. 2. ff. de pignor. act. Bachov d. tr. lib. 2. cap. 3. Hingegen erlangt der Gläubiger dadurch an derselben Sache kein Recht, oder jus in re, noch wird dieselbe mit dem nexu pignoris beleget, l. 6. C. si alien. res pignor. dar. Daher denn der Glaubiger wider den Schuldner die actionem pignoratitiam gültiger Weise anstellen, und ihn vermittelst derselben (nisi creditor rem alienam sciens pignori acceperit l. 16. §. 1. ff. de pignor. act.) anhalten kan, daß er ihm ein anderes tüchtiges Pfand gebe, wenn auch gleich noch niemand deßwegen den Gläubiger angepacket und in Anspruch genommen hat, oder aber der Schuldner noch solvendo ist. Sufficit enim, quod creditor in pignoris constitutione deceptus sit, & ita non sit securus. Melius enim omnino est, insistere rei, quam contra personam experiri: quia plus cautionis in re, quam in persona. l. 25. ff. de R. J. l. 9. pr. l. 16. §. 1. l. 32. ff. de pigner. act. Lauterb. C. J. Tit. de pigner. act. p. m. 231.

Dem Contractui pigneratitio werden nun unterweilen verschiedene Pacta beygefüget, und dadurch die Sicherheit, so der Gläubiger wegen seines Capitals durch die ihm verpfändete Sache

che haben soll, vermehret. Hauptsächlich geschiehet es durch das Pactum ἀντιχρήσεως oder antichreticum, welches nichts anders als dergleichen Pactum ist, da ich nehmlich dem Gläubiger das Recht gebe, an statt derer Interessen oder vor den Gebrauch des mir gelehnten Geldes meine ihm zu Pfande gegebene Sache zu nutzen und zu gebrauchen, oder quo creditor jus re pignorata utendi fruendi in vicem usurarum vel pro usura æris alieni conceditur Lauterb. Coll. Theor. Pract. Lib. 13. Tit. 7. §. 6. Und wird dieses pactum antichreticum von allen Rechts-Gelehrten, vor gerecht und raisonnabel oder billig geachtet. Gail. lib. 5. Obs. 3. Mynsinger. Obs. 7. Cert. 6. Lauterb. Disp. de jure ἀντιφρήσεως th. 9.

Es wird aber dasselbe pactum antichreticum auf verschiedene Weise eingegangen, sowohl tacite als auch expresse. Tacite geschiehet es, wenn der Schuldner von dem Gläubiger simpliciter, ohne Erwähnung daß er davor Zinsen geben wolle oder solle, ein Capital gelehnet bekommen hat, er giebt dem Gläuber aber eine rem fructiferam, d. i. eine solche Sache davon Nutzungen oder Früchte erhoben werden zum Pfande, behält sich aber nicht die Nutzungen und Früchte bevor, so ist dadurch das pactum antichreticum tacite eingegangen, dergestalt, daß er die davon eingehobenen Nutzungen und Früchte statt derer Interessen erheben solle. l. 8.

ff. in

ff. in quib. caus. pign. Folglich præsupponiret das pactum antichreticum tacitum dieses, daß nehmlich ein mutuum gratuitum verhanden seyn müsse, wo nehmlich der Gläubiger sich keine Zinsen und Interessen hat versprechen lassen, und denn daß er mir davor eine Sache verpfändet habe, daraus ich Nutzungen ziehen kan, es hat sich aber der Schuldner diese Nutzungen nicht vorbehalten. So oft dieses geschiehet, so offt ist auch ein pactum antichreticum tacitum geschlossen. Bachov. ad Treutler. Vol. 2. Disp. 1. th. 6. lit. H. Tabor. Tr. de altero tanto p. 3. art. 12. Carpzov. p. 2. C. 30. Def. 40. n. 1. & 2. Stryck. Caut. Contr. Sect. 2. Cap. 1. §. 21. sqq. & in Us. Mod. ff. Tit. de pigner. act. §. 4. sqq. Und wenn nun also ein solches pactum antichreticum tacitum vorhanden, so hebet der Gläubiger die Nutzungen die aus der ihm verpfändeten Sache entspringen, statt derer Zinsen und Interessen ein, iedoch nur ad modum legitimum usurarum, daß also der Gläubiger nichts mehrers von denen eingehobenen Nutzungen auf die Interessen rechnen darff, als was der Summa derer Interessen gleich kommt, quia pactum antichreticum tacitum legitimum usurarum modum non excedere debet. l. 8. ff. in quib. caus. pign. Tabor. d. art. th. 7. Berger. Oecon. Jur. Lib. 3. Tit. 2. th. 15. not. 2. Lauterb. C. J. Tit. de pigner. act. p. m. 231. folglich wenn das Capital 1000 Thlr. hoch ist, davon an denen Orten, wo

5 pro

5 pro Cent nur erlaubet sind 50. Thl. an andern Orten aber, wo 6. pro Cent gültig gegeben werden, 60. Thlr. jährliche Interessen gefällig sind, die Nutzungen des Guthes aber betragen jährlich 120. Thaler, so werden die Nutzungen nicht etwan auf die Zinsen allein gerechnet, sondern 60. Thlr. von denen Nutzungen behält er statt derer Interessen, die andern 60. Thr. aber werden auf das Capital abgerechnet, folglich wird das Capital jährlich gemindert. Solchemnach ist der Schuldner nach Verlauff eines Jahres nicht mehr als 940. Thlr. schuldig. Davon giebt er das Jahr Interesse 56. Thlr. 9. Gr. 7. Pf. Wenn nun der Gläubiger auch die Nutzungen des andern Jahres an 120 Thlr. ziehet, so rechnet er diese 56. Thlr. 9. Gr. 7. Pf. zuförderst als Interessen ab, das übrige aber an 63. Thlr. 14. Gr. 5. Pf. wird wieder von dem Capital abgerechnet, solchemnach ist er an Capital nur noch schuldig 876. Thlr. 9. Gr. 7. Pf. Wenn er nun das Pfand das dritte Jahr noch nützet, und abermahls 120. Thlr. Nutzungen einziehet, so behält er diese sämtliche Nutzungen nicht wieder statt derer Interessen, sondern von diesen Nutzungen rechnet er nur das jährliche Interesse auf 876. Thlr 9. Gr. 7. Pf. ab, welches jährlich beträgt 52. Thlr. 13. Gr. 4. Pf. folglich hat er an Nutzungen über die gewöhnlichen Interessen 67. Thlr 10. Gr. 8. Pf. erhalten. Diesen Uberschuß derer Nutzungen

ziehet er nun wiederum vom Capital ab, welches oben noch blieb 876. Thlr. 9. Gr. 7. Pf. folglich bleiben noch Capital 808. Thlr. 23. Gr. 11. Pf. Und so geht es immer weiter.

Das pactum antichreticum expressum aber ist dasjenige, wenn ich als der Schuldner meinem Gläubiger die sich nutzende Sache also verpfände, daß er davon die Nutzungen statt derer Interessen zielen solle, so lange bis er wegen seines mir geliehenen Capitals völlig bezahlet worden ist. Hiebey ist nun allerdings zu sagen, daß diese Nutzungen der also cum pacto antichretico verpfändeter Sache nicht einerley sind, sondern einige sind certi, die alle Jahre einmahl wie das andere mahl gefällig sind. Z. E. trockne Zinsen, andere aber sind incerti, welche nehmlich nicht alle Jahre gleich sind, sondern manch Jahr viel, manchmahl wenig Nutzungen erhoben werden. Als da sind die fructus naturales und indutriales, nehmlich diejenigen Früchte und Nutzungen, die von dem Feld, Garten und Wiesen-Bau erhoben werden, weil dieselben durch Wetter- und Wasser-Schaden, Mißwachs, Heuschrecken, und dergleichen mehrern Schaden manchesmahl und Jahr sehr geringe sind, hingegen andere Jahr was reichliches eintragen. Und bey denen incertis fructibus kan man nun nicht so genau den modum usurarum legitimum beobachten, folglich wenn der Gläubiger gleich ein Jahr mehr bekommt, als was

die

die jährlichen Interessen sonst betragen, so ist dieses doch kein pactum usurariæ pravitatis, noch darff er den Uberschuß von dem Capital abrechnen, und zwar geschiehet dieses ob dubium eventum und in Compensation der Gefahr die ich darbey auszustehen habe. Denn wenn ich durch Mißwachs oder andere Unglücks-Fälle entweder gar keine, oder doch sehr wenige Früchte, die nicht so viel werth sind, als die Zinsen betragen, die ich von meinem Capital bekommen solte, erhebe, so kan ich doch keine Interessen von dem Schuldner, noch auch das Supplementum usurarum, d. i. weil ich nicht so viel Früchte eingehoben habe, als die Interessen betragen, die er mir vom Capital zu geben schuldig wäre, solte er mir dasjenige, was mir solchergestalt an Interessen noch mangelte, heraus geben, fordern. Berger. Oecon. Jur. Lib. 3. Tit. 2. th. 15. not. 7. & in Resolut. Lauterb. p. 224. sqq. Und nun also in compensationem dieser Gefahr und des Verlustes, den ich befürchten muß, ist mir nicht verwehret auch mehrere Früchte statt derer Interessen zu behalten, als die Interessen sonst ordentlicher Weise austragen. l. 17. C. de Usur. Carpz. d. Def. 40. & 41. Schæffer. lib. 1. qu. 17. Rauchbar. lib. 1. qu. 20. Berlich. p. 2. Decis. 170. n. 25. Lauterb. Disp. de jure antichriseos. th. 45. sqq. Struvii S. J. C. Ex. 19. th. 52. ibique Muller. Es wäre denn dieser excessus fructuum nimius, welcher die ordentlichen Interessen

allzusehr übersteige, da denn in solchem Falle, der dem Ermessen des Richters anheim gestellet seyn muß, damit hierunter nicht nur usuraria pravitas verstecket bleiben möge, auch dasjenige was allzuhoch über den ordentlichen Lauff derer Interessen, an Nutzungen und Früchten eingehoben worden, von dem Capital abgerechnet werden muß. Was aber in solchem Falle ein nimius usurarum legitimarum excessus sey, und wie solcher erforschet werden müsse, dieses beschreibet Berger. in Oecon. Jur. l. c. not. 5. p. m. 596. also: Sunt qui læsionem ultra dimidium requirunt, quorum opinio tamen in foro non attenditur, quum nimius excessus etiam ille dijudicetur, qui infra dimidium est; idque odio usurariæ pravitatis. Ubi præterea observandum 1) excessum illum nimium intelligendum esse, non sigillatim de uno, sed computis universis annis, siquidem usuræ in universum constante mutuo perceptæ, modum jure definitum nimium excedant. Ante igitur quam contractus principalis finiatur, id equidem utrum nimius sit usurarum excessus nec ne certo dici nequit. 2) Excipi ejusmodi excessum qui ex singulari diligentia atque industria proficiscatur.

Hingegen bey denen fructibus certis ist es ausgemachten Rechtens, daß solche die ordentliche Summa derer gewöhnlichen Interessen nicht übersteigen dürffen, folglich was der Gläubiger über die ordentlichen Interessen eingenommen

hat,

hat, und auf das Capital gezahlet, solchemnach das Capital alle Jahre geschwächet. l. 14. C. de Usur. Zu welchem Ende denn auch der Gläubiger von denen fructibus perceptis und percipiendis Rechnung ablegen muß, ihm auch die fructus percipiendi, oder die er hätte einheben können, angerechnet werden, als ob er selbige würcklich erhoben hätte. l. 3. C. de usur. Brunnem. ad l. 17. C. de Usufr. Berlich. d. Decis. 170. n. 24. Hahn. ad Wesenbec. Tit. de pigner. act. n. 5. Mevii Discussio Levaminum inopiæ debitorum c. 4. n. 14. sqq. Berger. Oecon. Jur. l. c. not. 3.

Sonst ist noch in Ansehung dieses pacti antichretici dieses zu gedencken, daß der Creditor Antichreticus alle onera qualia qualia, fundo pignerato innexa zahlen müsse. arg. l. 2. C. de annon. & tribut. l. 7. §. 2. l. 27. §. 3. ff. de Usufr. namque inter creditorem debitoremque id actum esse censetur, ut, quod deductis oneribus superest fructuum, id loco usurarum creditori cedat. vid. Berger. in Resolut. Lauterb. p. 223.

Mit diesem pacto antichretico hat sonst einige Aehnlichkeit das pactum retrovenditionis, oder der Wiederkauffs-Contract, wenn nehmlich einer gleich von Anfange seine Sache dem andern verkauffet, sich aber binnen einer gewissen Zeit den Wiederkauff vorbehält. Es muß aber dasselbe gleich von Anfange als ein Kauff tractiret worden seyn, widrigenfalles ist es ein pactum antichreticum, wie solches Berger. in

Oecon. Jur. l. c. not. 8. alſo anführet. Diverſitas horum pactorum dijudicanda eſt ex initio contractus. Quod ſi enim initium fiat a mutuo, contractus pigneratitius initus eſſe præſumitur, quamvis in contextu mixta ſint vocabula retrovenditionis propria, Wiederkauffs-Contract, Wiederkauffs-Schilling; Sin autem a contractu venditionis incipiatur, tum contractus retrovenditionis celebratus eſſe creditur, etſi deinceps in illa parte, ubi pretium venditionis promittitur, mentio mutui ſubjiciatur. Pactum reluitionis non tam ex verbis, quam potius ex natura contractus principalis, cui adjicitur, explanandum eſt, nec modicitas pretii ſtatim efficit, ut pactum antichreticum ſubeſſe exiſtimetur. Dieſes pactum retrovenditionis iſt dem Gläubiger nun darinnen beſſer und vortheilhaffter, daß er hier wegen derer eingehobenen Früchte und Nutzungen dem Schuldner keine Rechnung ablegen darff, hingegen darinnen iſt es ihm beſchwerlicher, daß aller Schaden und Gefahr, der der Sache zuwächſet, über ihn gehet, und er ſolchen tragen muß.

Das andere, aber nicht zu Recht beſtändige und gültige Pactum, ſo einem Contractui pigneratitio unterweilen pfleget beygeſetzet zu werden, iſt der Lex Commiſſoria, welcher nichts anders als ein pactum, quo inter creditorem & debitorem convenit, ut ſua die debito non ſoluto pignus pro quantitate debita pleno jure creditori

tori acquiratur, non attento, cujus æstimationis sit pignus. Oder es ist ein solcher Vergleich zwischen den Gläubiger und Schuldner, vermittelst desselben der Schuldner verspricht, dafern er zu gesetzter Zeit nicht bezahlen würde, solte das Unterpfand, wenn es auch gleich mehr werth ist, als die Haupt-Schuld selbst, dem Gläubiger vor die Schuld verfallen seyn. l. fin. C. de pact. pignor. & commissoria lege in pignoribus rescindenda Berger. Oecon. Jur. l. c. th. 16. Lauterb. Coll. Theor. Pract. l. c. §. 9.

Weil aber die verpfändete Sache gemeiniglich weit höher als der Haupt-Stamm der Haupt-Schuld selbst ist, hingegen die armen Schuldner, so Geld höchst benöthiget sind, und die noch immerdar hoffen, sie würden in einen bessern Stand ihrer Nahrung gerathen, leichtlich in diesen sauren Apffel beissen müssen, folglich durch derer ungewissenhafften, und unbarmhertzigen geitzigen Gläubiger List und Betrug die ordentlichen Zinsen unter dem Schein der Gerechtigkeit, gar leicht in einen verbotenen Wucher verwandelt werden können, so hat der Käyser Constantinus im l fin C. de pact. pignor. verordnet, daß der Lex Commissoria bey dem Pfand-Contracte gäntzlich verboten seyn solle. Und hindert nichts, wenn man gleich zu salvirung der Gerechtigkeit dieses L. Commissoriæ bey dem Pfand-Contracte dieses anführen wolte, daß gleichwohl ein ieder mit dem seini-

gen frey zu schalten und zu walten habe. l. 21. C. mandati als worauf Stryck. ad Laüterb. Comp. Jur. verb. *ex justa causa* folgendergestalt gründlich antwortet. Procedit enim tantummodo, quoties plena agendi libertate aliquis gaudet, & non necessitate urgetur ad ineundum contractum. Et quamvis alios quis penitus rem suam alteri donare possit, in necessitate tamen constitutus liberalis non præsumitur. l. 18. ff. de adimend. legat. Quemadmodum nec illud, quod semel in pignoris constitutionem consenserit, ipsi nocere potest, cum inopia facile ad quodcunque pactum ineundum inducere eum potuerit. MULLER ad STRUVIUM th. 53. lit. B.

Solchergestalt ist dieser Lex Commissoria so wohl nach dem l. fin. C. de pact. pignor. als auch nach dem Jure Canonico c. pen. X. de pignor. Lehn-Rechte c. un. pr. 1. F. 27. nicht minder nach des H. Römischen Reiches Policey-Ordnung d. a. 1577. Tit. 20. von Juden und ihren Wucher §. und dieweil, gantz und gar verboten. a Jena de L. Commissoria th. 15. sqq. Jedoch ich sage nur bey dem Pfand-Contract. Mencken. Disp. de L. Commissoria in pignoribus reprobata. Denn was den contractum emti venditi anbetrifft, so ist bekandt, daß demselben vermittelst eines besondern pacti gar wohl der Lex Commissoria könne hinzugesetzet und beygefüget werden. Der Unterscheid bestehet darinnen, quod hæc lex in pignore veteri

domi-

domino dominium auferat, in emtione conservet. Hic sæpe pro minima pecunia res acquiritur, in emtione vero recuperat rem venditor eodem pretio, de quo inter eos ab initio placuit, nam ita in emtione adigitur ad hanc conventionem emtor, ut hic debitor ex indigentia pecuniæ Brunnemann. ad l. fin. C. pact. pigner. Bey allen und ieden Pfändern aber mag dieser Lex Commissoria nicht hinzugesetzet werden, daher dieser Lex commissoria nicht gültig ist, licet ex intervallo sit addita, scilicet post creditam jam pecuniam. Z. E. ich leihe iemanden Geld, er giebt mir Pfand, ein halb Jahr darauf schliesse ich erst dieses pactum Legis Commissoriæ, so ist doch dasselbe nicht zu Recht beständig und gültig. Denn dieses pactum L. commissoriæ ist schlechterdings in denen Rechten untersaget und verboten, quia & hoc casu metuit debitor, creditorem eo citius revocaturum pecuniam, si in hoc pactum non consentiret. l. fin. C. de pact. pign. ibique Brunnem. n. 8. Lauterb. C. J. Tit. de pigner. act. p. m. 232.

So thut auch zur Sache nichts, was es vor eine Schuld sey, davor der Schuldner dem Gläubiger das Pfand sub pacto legis commissoriæ gegeben hat, angesehen überhaupt, es mag die Schuld aus dem contractu mutui, und einen gegebenen Darlehn, oder aber aus einer andern Ursache, z. E. aus einem Pacht-Contract bin ich dem andern 100. Thlr. Pacht-Geld

schuldig, davor gebe ich ihm zu seiner Sicherheit ein Pfand, entsprungen seyn, das pactum Legis Commissoriæ an dem Pfand-Contract ungültig und verboten, dergestalt daß nicht einmahl in favorem dotis, z. E. es ist mir einer eine Ausstattung schuldig, er giebt mir zu mehrer Sicherheit des dotis ein Pfand, sub pacto L. Commissoriæ, solches pactum gültig und zu recht bestehet. Bachov. tr. de pignor. lib. 1. c. 16. n. 6. Hahn. ad Wesenbec. Tit. de pignor. n. 7. sqq. Lauterb. Coll. Theor. Pract. l. c. §. 10.

So wird auch dieses pactum L. commissoriæ bey dem Pfand-Contract nicht gültig, wenn gleich nicht mit dem creditore, sondern bloß dem fidejussore also contrahiret worden. Z. E ich borge bey iemanden ein Capital, gebe ihm ein Pfand, und spreche, wenn ich nicht zu gesetzter Zeit das Capital bezahle, mag das Pfand eigenthümlich an Titium meinen Bürgen verfallen seyn, eadem enim hic resultat læsio quam si ipse creditor sub lege commissoria pignus caperet. Pinell. de rescind. vendit. p. 2. n. 31. oder es kan auch also geschehen, wenn der Bürge selbst dem Gläubiger ein Pfand giebt, und sich verobligirt, es solte das Pfand verfallen seyn, wenn der debitor principalis nicht zu rechter Zeit zahlen würde. Trentacinq. lib. 3. Tit. de pignor. Resolut. 12. & 15. Bachov. l. c. 16. n. 5. So schadet es auch nichts, wenn gleich das pactum L. commissoriæ nicht die verpfändete Sache

selbst,

selbst, sondern eine andere Sache betrifft. Z.E. ich borge bey Titio Geld, und gebe ihm zum Pfande allerhand Juwelen, mache aber auch dieses Pactum, daß wenn ich die Schuld und Capital nicht zu gesetzter Zeit bezahlen würde, solten Titio nicht etwan die verpfändeten Juwelen, sondern meine Bibliothec verfallen seyn. arg. l. fin. C. de pact. pignor. Trentacinqu. d. Resol. 11. n. 10. Lauterb. Coll. Theor. Pract. l. c. §. 10. Es wird auch dieses pactum L. commissoriæ nach Civil-Rechten nicht gültig, wenn es auch gleich ist beschworen worden, arg. l. 5. C. de LL. Bachov. d. lib. 1. cap. 16. n. 1. & 2 weil dieser Eyd wider die klahre Verordnung derer Gesetze lieffe, folglich null und nichtig seyn muß, auch sonst zu einem vinculo iniquitatis werden würde. Carpz. p. 2. C. 30. Def. 43. n. 3. Weil aber das Jus Canonicum in materia juramentorum in unsern foris recipiret, dieses aber diese klahre Maasse giebt, es solle ein ieder Eyd beobachtet und gehalten werden, welcher unbeschadet der ewigen Seeligkeit gehalten werden könne, die Erfüllung dieses Eydes aber keinesweges bey dem Schwörenden ein periculum salutis æternæ involviret, und denn auch dergleichen pactum nicht per se moraliter turpe ist, angesehen einem ieden frey stehet, einen Theil des Pfandes dem andern zu schencken, so folget, daß auch der Schwörende (iedoch nicht dessen Erben, quia per juramentum pactum hoc non conva-

vali-

validatur) daran gebunden, Berger. Oecon. Jur. Lib. 3. Tit. 2. th. 16. not. 2. ob er schon um Relaxation sothanen Eydes bey dem Landes-Fürsten anzusuchen wohl befugt.

Von diesem pacto L. Commissoriæ ist nun dasjenige unterschieden, wenn ich nehmlich dem Gläubiger ein Pfand gebe, mit dem Bedinge, daß wenn ich ihm nicht zu rechter Zeit das Capital bezahlete, ihm das gegebene Pfand um den rechten Werth desselben verkauffet seyn solte. Und dieses pactum ist nun in denen Rechten allerdings zu Recht beständig und gültig, quia sic emtioni venditioni æquiparatur, & omnis læsio excluditur. Da muß nun in solchem Falle die verpfändete Sache geschätzet werden, und so viel die Sache mehr werth ist, als was er dem Gläubiger schuldig ist, muß ihm von dem Gläubiger heraus gegeben werden. Und dieses nennet man so denn Hyperocham, welches alles dasjenige in sich begreiffet, was der Gläubiger dem Schuldner von dem ihm solchergestalt abgekaufften Pfande heraus geben muß. l. 20. ff. qui potior in pignor. l. fin. C. distract. pignor. Man muß aber mit diesen pacto nicht verwechseln dasjenige pactum, wenn sich der Schuldner verbindlich machen muß, das Pfand nicht wieder einzulösen. Da denn gesaget werden muß, daß dieses eine species des L. commissoriæ, und mit diesen nothwendig verboten seyn müsse. Carpz. Asyl. Debit. cap. 2. pos. 52. n. 304. sqq.

Nun-

Nunmehro ist noch übrig von denen Würckungen des Pfand-Contracts zu handeln. Da denn gewiß ist, daß daraus die actio pigneratitia directa und contraria nothwendig entspringen müsse.

Was die actionem pigneratitiam directam anbetrifft, ist solche eine actio personalis competens illi, qui pignus dedit, ejusque hæredibus, adversus creditorem, ejusque hæredes, ad rem oppignoratam pignoris vinculo soluto recuperandam. Das ist, es ist eine solche Klage, welche demjenigen, der dem Gläubiger ein Pfand gegeben hat, und dessen Erben, wieder den Gläubiger und dessen Erben zustehet, vermittelst deren er nach bezahlten Haupt-Stamm und Capital den Gläubiger oder dessen Erben, als Innhaber des Pfandes anhält, daß sie ihm die verpfändete Sache wieder heraus geben sollen §. fin. J. h. t.

Ob nun also diese actio gleich alsobald, als der Contractus pigneratitius vollkommen geschlossen und dem Gläubiger das Pfand würcklich übergeben worden, entspringet, und zwar quoad actum primum, supposito enim contractu, non potest non adesse actio, so ist doch das Exercitium derselben action, oder daß ich das Befugnüß habe solche action anzustellen, nicht eher da, als nur alsdenn erst, wenn nehmlich so wohl Capital als auch Interessen völlig seyn bezahlet worden, denn die Ursache weßwegen der Gläubiger

biger als Pfandes Innhaber das Pfand heraus geben müsse, bestehet darinnen, weil das Capital, vor welches dieselbe Sache verpfändet worden, bezahlet ist, und wenn also diese Schuld noch nicht bezahlet, so folget daraus, daß solche actio directa nicht könne angestellet werden. Hingegen folget noch weiter dieses daraus, daß die præscriptio dieser action nicht eher zu lauffen anfange, als von der Zeit an, da er die Haupt-Schuld und Interessen völlig bezahlet hat, weil er vor derselben Zeit nicht hat können cum effectu klagen, Gail. l. 2. Obs. 18. n. 4. folglich wenn gleich 100. und noch mehr Jahre von der Zeit an, da er das Pfand dem Gläubiger gegeben hat, verstrichen, ist diese actio dadurch noch keineswegs verjähret. Brunnem. ad l. 9. ff. de pigner. act. So bald er aber das Capital und Interessen völlig bezahlet hat, so bald fängt ihm auch die præscriptio an zulauffen, und wird demnach nach Verlauff 31. Jahren 6. Wochen und 3. Tage verjähret.

Diese Klage kan der Pfand-Geber nun lediglich allein anstellen wider denjenigen, dem er das Pfand gegeben hat, und dessen Erben. Und zwar wider die Erben nicht deßwegen, in so ferne sie die verpfändete Sache besitzen, sondern weil sie aus dem Contracte ihres Antecessoris verbunden sind. Keineswegs aber mag sie wider den tertium possessorem angestellet werden, weil diese Actio aus dem Contractu pigneratitio herstam-

stammet, und solchemnach mere personalis ist, auch der tertius possessor mit mir contrahiret hat, vielweniger mag sie wider den fidejussorem angestellet werden, weil er mit mir den contractum pigneratitium nicht getroffen. Z. E. ich borge Geld, und gebe dem Creditori Pfand davor, dieser giebt das Pfand den fidejussorem der ihn bezahlet, da kan ich wider den fidejussorem diese action nicht anstellen. l. 2. l. 26. pr. ff. de pigner. act. Ich kan diese action auch nicht anstellen wider den Gläubiger meines Gläubigers, dem mein Gläubiger das Pfand, so ich ihm gegeben habe, hinwiederum verpfändet hat. Denn ohngeachtet er seinem Glaubiger weiter nichts als das jus pignoris, nicht aber pignus selbsten verpfänden können, daher wenn ich meinen Creditorem bezahlet, so hat dessen Creditor kein Recht mehr daran, hingegen kan ich doch aus angeführten Ursachen die actionem pigneratitiam wider den Gläubiger meines Gläubigers nicht anstellen, sondern vielmehr die rei vindicationem. Stryck. Caut. Contr. Sect. 2. c. 4. §. 42. Berger. in Resolut. Lauterb. Tit. de pigner. action. qu. 4.

Vermittelst der actionis pignoratitiæ, fordere ich nun eben diejenige Sache, die ich dem Gläubiger zu Pfande gegeben habe in specie, und darff mir der Gläubiger eine andere Sache, ob sie gleich gleicher Natur und Güthe wäre, als die verpfändete Sache ist, weder aufdringen,

noch

noch bin ich schuldig wider meinen Willen auch den gedoppelten Werth derselben Sache anzunehmen, sondern er muß mir in natura eben die verpfändete Sache wiedergeben §. fin. J. h. t. Gleichergestalt fordere ich, daferne die Sache, so ich ihm verpfändet habe, also beschaffen, daß davon Nutzungen erhoben worden, alle diejenigen Nutzungen, welche er entweder warhafftig davon eingehoben, oder aber doch würcklich hätte einheben können, (percipiendi) aus Ursachen, weil der Creditor aus der verpfändeten Sache keinen Nutzen haben, oder dieselbe nutzen soll. l. 1. 2. & 3. C. de pigner. act. Bachov. lib. 5. cap. 22. p. 470. Und von dieser Schuldigkeit, die aus der verpfändeten Sache erhobene Nutzungen dem Schuldner wieder zu restituiren, kan sich der Gläubiger und Pfandes-Innhaber damit nicht entbrechen, wenn er gleich spricht die verpfändete Sache wäre nicht dem Schuldner eigenthümlich gewesen, folglich kan er ihm die quæstionem dominii nicht moviren. Denn gesetzt es wäre wahr, daß die Sache dem Verpfänder nicht eigenthümlich zugehöre, sondern vielmehr einen andern, so thut dieses doch der Sache nichts, weil bekandten Rechtens, daß auch eine res aliena könne verpfändet werden, und kommt hiernächst auch die Rechts-Regul hierwider zu statten. Illi a quo causam habeo, non posum opponere defectum dominii l. 9. §. 4. l. 22. §. 2. ff. de pignor. act. l. 12. §. 1. ff. de distract.

stract. pignor. Es könte denn der Gläubiger und Pfandes Innhaber liquido beweisen, es wäre die ihm verpfändete Sache sein eigen, quia cui vindicatio datur contra possidentem, illi multo magis danda erit exceptio. Et hinc a quo caussam habeo, illi quidem non possum opponere exceptionem dominii *alieni* bene tamen *proprii*, modo dominium incontienti probare possit. Bachov. d. lib. 5. cap. 21. p. 466. Lauterb. Coll. Theor. Pract. 1 c. §. 17. Stryck. ad Lauterb. C. J. Tit. de pignor. action. verb. *Se esse illius dominum.*

Weiter fodert der Schuldner durch diese actionem pignoratitiam auch alle andere Nutzungen, welche der Gläubiger in Ansehung dieser ihm verpfändeten Sache erhoben hat. Daher wenn ich dem Gläubiger ein Haus zum Pfande gegeben, und derselbe vermiethet das Haus, so muß er mir den erhobenen Mieth-Zinß wiedergeben. Ja wenn dergleichen fructus civiles noch nicht sind erhoben, so muß, daferne sie ex pacto creditoris herrühren, der Creditor dem Debitori die actiones cediren, folglich wenn ich ihm ein Pfand zum Pfande gegeben, er hat dasselbe andern hinwiederum vermiethet, diese sind ihm noch das Mieth-Geld schuldig, muß er mir die actiones wider seine Schuldner cediren. l. 13. pr. ff. de pigner. act. Wenn der Gläubiger in mora restituendi pignus ist, muß er mir post moram die Interessen und usuras darvon geben,

daferne das Pfand in baaren Gelde bestehet. Bestehet es aber in andern Sachen, muß er mir den Schaden, den ich darunter erlitten, ersetzen. l. 9. §. fin. ff. eod. l. fin. ff. cod. Bachov. l. c. cap. 21. n. 4. p. 466. Voetius ad ff. Tit. de pignerat. action. n. 3. & 4. Lauterb. Coll. Theor. Pract. l. c. §. 17. Ja unterweilen ist er mir auch schuldig ante moram, z. E. wenn er die verpfändete Sache gebrauchet hat. l. 6. §. 1. ff. eod. Struv. S. J. C. Ex. 19. th. 48. Berger. Oecon. Jur. l. c. not. 6. p. 601.

Noch weiter fodert der Schuldner vermittelst dieser Actionis auch den Schaden, der durch des Gläubigers und Pfand-Innhabers Schuld und Versehen der verpfändeten Sache zugewachsen ist, als vor dergleichen Schaden der Pfand-Innhaber stehen und ihn ersetzen muß. Daher wenn der Gläubiger und Pfands-Innhaber das Pfand durch einen Bothen dem Schuldner übersendet, der Schuldner aber hat diesen Boten nicht selbst an den Gläubiger geschickt, oder eingewilliget, daß der Gläubiger diesen Boten nehmen solle, und der Bothe ist allein nach eigenem Gefallen des Gläubigers mit dem Pfande dahin abgeschickt worden, dieser giebt es aber nicht ab, sondern verkaufft, verleihet, oder verderbet das Pfand, so muß der Gläubiger vor solchen Schaden stehen, und denselben dem Schuldner ersetzen, quia mala electio est species culpæ. l. 11. ff. commod. §. 4. J. quib.

mod.

mod. re contrah. oblig. l. 5. §. 2. l. 18 pr. ff. commod. l. 14. l. 22 §. fin. l. 30. in fin. ff. de pign. act. Lauterb. Disp. de nuncio th. 55. n. 1. Hingegen darff der Gläubiger nichts mehrers, als nur culpam levem præstiren, quia utriusque gratia pignus datum est. Pagenstecher. ad Lauterb. Comp. Jur. Tit. de Pigner. actione, manipul. 1. Sicilim. 33. p. 46. folglich ist er nicht verbunden vor den ob culpam levissimam erwachsenen Schaden, vielweniger aber vor den Casum fortuitum zu stehen, und wenn demnach die ihm verpfändete Sache mittelst eines Casus fortuiti z. E. Wetter-Schaden, Feuers-Gefahr u. d. g. umgekommen, darff er nicht allein keinesweges den Schaden ersetzen, sondern er kan dem ohngeachtet das dem Schuldner gelehnte Capital wieder fordern und eintreiben. Nur den Schaden hat er davon, daß er nunmehr keine solche Sicherheit hat, angesehen er den Schuldner nicht zwingen kan, daß er ihm nunmehro ein neues Pfand geben müsse, vielweniger, wenn das Capital auf eine gewisse Zeit gelehnet worden, vor der Zeit zu Bezahlung des Capitals ihn anhalten könne. l. 5. C. de pignor. act. l. 19. C. eod. l. 13. §. 1. ff. eod. §. 4. J. h. t. Vinnius ad §. 4. J. h. t. Bachov. de pignor. lib. 5. cap. 21. n. 3. Carpz. P. 2. Const. 26. Def. 1. Hahn. ad Wesenb. Tit. de pignor. act. n. 7. Colerus Decis. 7. n. 29. Berger. Oecon. Jur. Lib. 3. Tit. 2. §. 17. not. 6.

Ohngeachtet nun aber ordentlicher Weise der Gläubiger nicht ad summam diligentiam verbunden ist, vielweniger den Casum fortuitum über sich nehmen und tragen darff, so finden sich doch solche Fälle in denen er zu beyden verbunden, als 1) wenn die Partheyen sich also untereinander verglichen haben, quia pacta dant Legem Contractui l. 6. C. de pignor. act. 2) si propria authoritate rem occupaverit, oder wenn er nehmlich eigenmächtiger Weise, wider Willen des Schuldners ihm eine Sache nimmt, und statt Pfandes besitzet und behält, als in welchem Falle in pœnam, quod ipse sibi jus dixerit, er nicht allein vor die culpam levissimam sondern auch vor den casum fortuitum nothwendig stehen muß, l. 20. & 30. ff. de pigner. act. Lauterb. Comp. Jur. Tit. cit. p. m. 234. es wäre denn dem Gläubiger in dem Contracte ausdrücklich die Freyheit nachgelassen und bedungen, daß er eigenmächtiger Weise nach seinem Gefallen von des Schuldner seinen Sachen etwas nehmen und statt Pfandes besitzen möge, quia sic vim facere non dicitur, adeoque poena violentiæ cessare debet, l. 3. C. de pignor. wiewohl auch in demselben Falle hinwiederum dieses zugedencken, daß sich solches nur auf den Fall appliciren lasse, wenn der Schuldner sich nicht hierwider gesetzet, und ihm resistiret hat. Denn hat sich der Schuldner dem Gläubiger damahls widersetzet, ohngeachtet ihm in dem Contracte

solche

solche Freyheit ausdrücklich zugestanden worden, so ist er doch nicht befreyet, sondern er muß den casum fortuitum über sich nehmen, und culpam levissimam præstiren, aus Ursachen, weil er bey vermerckter Resistenz des Schuldners nicht thätlich verfahren, sondern allererst richterliche Hülffe imploriren sollen. Styckii Cautelæ Contract. Sect. 2. cap. 1. §. 36.

Gleichergestalt muß der Gläubiger auch den casum fortuitum tragen und übernehmen, wenn nehmlich der Gläubiger in mora restituendi, aus Ursachen, weil ausgemachten Rechtens, quod semper periculum sit morosi, welches auch auf denselben Fall zu ziehen, wenn er zu vorhero eine culpam begangen, daraus sodenn vermuthlich der casus fortuitus entsprungen.

Es wird auch vermittelst dieser Actionis das Geld, welches auf den Fall, daferne der Gläubiger, bey cessirender Bezahlung nach der in denen Rechten vorgeschriebenen Ordnung das Pfand verkauffet, der Gläubiger aus dem verkaufften Pfande noch über sein Darlehn bekommen hat, z. E. er hat 1000. Thlr. Capital zu fordern, und 180. Thlr. Interessen von drey Jahren a 6 pro Cent, er verkauffet aber das Pfand um 2000. Thaler, folglich muß er dem Schuldner 820. Thlr. heraus geben, aus dem verkaufften Pfande dem Schuldner wiedergegeben werden muß, gefordert. Ja er fodert diese Hyperocham oder dasjenige, was nach ver-

kaufften Pfande über das Capital und Interessen noch übrig ist von den Gläubiger, wenn er auch schon von dem Käuffer das Kauff-Geld noch nicht würcklich erhalten hat, angesehen sich der Gläubiger es selbst beyzumessen hat, daß er dem Käuffer Nachsicht und Credit gegeben hat, welches denn dem Schuldner der nach bezahlten Capital und Haupt-Stamm (es mag die Haupt-Schuld auf eine Art getilget seyn, auf was vor Art sie will sive illa solutio fuerit, sive debiti remissio, quia & si servos oppignoratos male tractaverit, aut debilitaverit, vel si prostituit ancillam, tunc enim illico pignus solvitur, l. 24. §. fin. ff. de pignor. act.) sein dem Gläubiger gegebenes Pfand wieder fodert, nicht im Wege stehen und schaden kan. l. fin. C. de distract. pignor. l. ult. C. si vend. pign. ag. Ja es kan der Gläubiger seinen Schuldmann wider seinen Willen nicht zwingen, daß er sich wider den Käuffer des Pfandes actiones crediren lassen müsse, oder daß der Gläubiger den Käuffer zwingen könne, er solte den delegirten Schuldner des Gläubigers aus dem verkaufften Pfande annehmen, angesehen der Gläubiger selbst vermöge des contractus pigneratitii dem Schuldner Satisfaction geben und befriedigen muß, nisi debitor nullam omnino moram ferre velit, tum enim creditor, qui b. f. vendidit neque culpam in exactione pretii admisit, non ad solvendum sed ad actiones cedendas compellitur l. 24. §. 1. ff. de

ff. de pigner. act. verb. *non esse urgendum ad solutionem creditorem; sed aut expectare debere debitorem, aut si non expectat, mandandas ei actiones adversus emtorem, tamen periculo venditoris.*

Diese Actio ist nun eine actio perpetua Carpz. P. 2. C. 1. Def. 3. & 4. Harprecht. C. 30. n. 58. sqq. dergestalt, daß solche nach der gemeinen auch in praxi überall recipirten Meynung niemahls præscribiret werden könne, und der Schuldner nach 30. 40. und mehr Jahren kommen, seine Schuld offeriren, und sein Pfand wiederfordern könne. arg. l. 7. §. 4. C. de 30. vel 40. ann. præscript. l. 9. §. 3. ff. de pignor. act. Nam debito vel pignore non soluto, jure quis prohibetur agere licet ipso jure actio competat, hinc contra illum non currit præscriptio d. l. 7. §. 4. C. de 30 vel 40. ann. præscript. l. 1. §. 2. C. de annal. except. Frantzk. Exerc. 5. quæst. 6. Gail. lib. 2. Obs. 18. n. 4. ibique Græven. Concl. 18. n. 1. & 2. Goeddeus Vol. 1. Cons. Marpurg. n. 247. sqq. Vultejus Vol. 3. Consil. 21. n. 258. Struv. S. J. C. Ex. 43. th. 2.

Was die actionem pigneratitiam contrariam anlanget, ist dieselbe eine actio personalis civilis bonæ fidei, rei persecutoria, perpetua, competens creditori adversus debitorem, ad indemnitatem pignoris nomine consequendam. D. i. es ist eine dem Gläubiger und dessen Erben zustehende Actio vermittelst deren der Gläubiger

biger von dem Beklagten verlanget, er solle ihm so wohl ratione des in Ansehung desselben Pfandes erlittenen Schadens, als auch wegen derer auf das Pfand verwendeten Unkosten schadloß halten.

Diese Fälle können sich nun folgendergestalt äussern. Si creditor rem alienam, vel alteri obligatam aut morbosam ignorans pignori accepit, ut ut ab ignorante. Z. E. es verpfändet mir mein Schuldner eine rem alienam, da habe ich ex qualitate rei einen Schaden erlitten, und noch grössern zu befürchten, folglich weil bekandt, daß ich diese actionem anstellen könne, wenn ich ob qualitatem rei einen Schaden empfangen, so kan ich fordern, daß er mir seine eigene Sache verpfände, und wenn er mir eine Sache verpfändet, die bereits einem andern verpfändet worden, so kan ich mittelst dieser actionis pigneratiæ ihn forciren, daß er mir eine solche Sache verpfände, die noch niemanden verpfändet ist, es wäre denn die mir verpfändete Sache, die bereits einen andern auch verpfändet ist, also beschaffen, daß sie sehr kostbaren und hohen Werthes, dergestalt, ut omnibus sufficere possit, als in welchem Falle, weil der Gläubiger daraus keinen Schaden zu befürchten hat, er auch die actionem pigneratitiam contrariam wider den Schuldner nicht anstellen kan. l. 36. §. 1. in fin. ff. de pigner. act. Eben dieses ist auch von dem Falle zu sagen, wenn ich

dem Gläubiger eine rem morbosam ohne dessen Wissen zum Pfande gegeben habe, l. 1. ff. f. l. 9. pr. l. 16. §. 1. l. 32. ff. de pigner. act. angesehen auch in diesem Falle ich die actionem pigneratitiam zu dem Ende anstelle, daß er mir eine andere tüchtigere und gesundere Sache statt Pfandes gebe. Sonst was von dem Falle zu sagen, daß auf den Fall, wenn der Schuldner dem Gläubiger eine Sache, die nicht sein eigen, sondern eines Fremden ist, verpfändet hat, er mittelst dieser actionis angehalten werde, ihm ein anderes ihm eigenthümlich zustehendes Pfand zu geben, lässet sich auch darauf appliciren, wenn gleich der Schuldner es nicht gewust hat, daß solche Sache nicht sein eigen, sondern eines fremden sey. l. 16. §. 1. ff. eod. Hat er es aber gewust, und solchemnach es nur den Gläubiger zu hintergehen gethan, so kan er allerdings gültiger Weise weil er das crimen stellionatus begangen hat, ausserordentlich bestraffet werden. Ja unterweilen kan er in solchem Falle auch wohl furti belanget und bestraffet werden, als in dem Falle, wenn der Debitor wissentlich die verpfändete Sache wegnimmt, und eine andere Sache unterschiebet, aus Ursachen, weil er invito & ignorante creditore eine andere Sache substituiret hat. Brunnem. ad l. 36. ff. eod. Lauterb. C. J. Tit. cit. p. m. 236. verb. furti ibique Stryck. in Not. verb. *Furti*.

So stehet auch diese actio pigneratitia con-

traria dem Gläubiger zu. Si ex re pignorata damnum senserit, v. g. si servus oppignoratus furtum fecerit. l. 31. ff. de pigner. act. l. 61. §. 1. ff. de furt., quem tamen debitor noxæ relinquere potest, nisi sciens furem pignori dederit.

Es mag diese actio pigneratitia contraria auch angestellet werden, si creditor in rem pignori acceptam expensas fecit necessarias l. 8. pr. ff. l. 7. in fin. C. de pign. act. das ist, alle diejenigen Unkosten, welche auf das Pfand sind gemacht worden, muß der Schuldner dem Gläubiger restituiren, und darff kein Unterscheid gemachet werden, ob es starcke oder mittelmäßige Unkosten sind, denn auch die mittelmäßigen Unkosten mag der Gläubiger wieder fordern, ob schon sonst bey dem Commodato, wie gedacht, ordentlicher Weise der Commodatarius die impensas modicas nicht fordern kan. Der Unterscheid bestehet darinnen, quia in commodato utilitas ad solum commodatarium pertinet, hinc ille in compensationem commodi, modicas impensas sustinet: ex pignore vero percepta utilitas omnis sorti imputanda. Daher wenn einer bey mir sein Pferd verpfändet, so kan ich die Unkosten vor die Fütterung, deßgleichen, wenn es kranck geworden, was auf die Cur gegangen, allerdings wieder fordern, quia creditor ex pignore non persentiscit commodum, adeoque incommodum ferre non debet. l. 8. pr. ff. l. 7. in fin. C. de pigner. act. l. 8. §. 1. l. 22. §. fin. ff. eod.

eod. Und zwar in Ansehung dieser verwendeten Unkosten kan ich mich des juris retentionis bedienen, und das Pfand dem Gläubiger so lange vorenthalten, bis er mir diese verwendete Unkosten gut gethan hat, nam toties, quoties expensæ in rem alterius factæ, retentioni locus est. Habe ich aber das Pfand nicht mehr in meinen Händen, so stelle ich sodenn zu Erlangung dieser verwendeten Unkosten die Actionem pignoratitiam contrariam an.

Dieses erstrecket sich nun aber lediglich auf die expensas necessarias, nicht aber utiles. Die nöthigen Unkosten kan ich allezeit wieder fordern, und heissen dieses nöthige Unkosten, welche so beschaffen seyn, daß wenn ich sie nicht aufgewendet haben würde, die Sache deterioriret würde seyn worden. Die expensas utiles aber, welche so beschaffen seyn, daß zwar dadurch der Preiß vermehret worden, sie sind aber nicht so höchstnöthig gewesen, diese kan der Gläubiger nicht wieder fordern, es hätte denn der Schuldner expresse oder aber tacite eingewilliget, da denn dergleichen consensus tacitus verhanden, wenn ich solche Unkosten aufgewendet habe, die der Debitor ordentlicher Weise aufzuwenden pfleget.

Ausser diesen Fällen kan nun der Gläubiger diese Actionem pigneratitiam anstellen, so offt die verpfändete Sache ohne mein Verschulden an den debitorem, ehe er die Schuld-Post bezahlet hat. Z. E. es bittet mich der Debitor ich

solle

solle ihm den Ring zu einer Hochzeit leihen, er giebt mir ihn darauf nicht wieder, da kan ich denn vermittelst der actionis pigneratitiæ, weil ich das Recht habe solche Sache zu behalten, bis die Schuld bezahlet worden, solche mir verpfändete Sache wieder fordern.

Nunmehro ist nichts mehr übrig als noch mit wenigen die Effectus pignoris constituti mit einander zu betrachten. Und da ist denn zu gedencken, daß in Ansehung des Creditoris sich 4. Effectus äussern, nehmlich 1) das jus rem obligatam persequendi, 2) das jus rem obligatam retinendi, 3) das jus prælationis, und denn 4) ferner das jus distrahendi pignus. Von diesen wollen wir nun kürtzlich folgendergestalt handeln. Was das jus rem obligatam persequendi anlanget, so ist zuförderst zu erinnern, wie der Glaubiger allerdings das Recht habe die ihm verpfändete Sache zu fordern und anzunehmen, oder zu vindiciren. Jedoch verstehet sich dieses alles, nur von dergleichen Vindication, welche mittelst richterlicher Hülffe geschiehet. Creditor enim propria authoritate rem sibi oppignoratam, quam ipse non possidet invito debitore occupare nequit. Ja daß der Gläubiger eine ihm verpfändete Sache eigenmächtiger Weise mit Contradiction des Schuldners einzunehmen und zu vindiciren nicht berechtigt, etiamsi pacto id actum, ut non soluto debito creditori possessionem hypothecæ ingredi liceat, ist ausgemachten Rech-

Rechtens, l. 3. C. de pignor. MEVIUS P. 4. Decis. 217. n. 7. BRUNNEM. ad l. 3. C. de pignor. n. 4. CARPZ. l. 1. Resp. 5. & P. 1. Const. 32. Def. 27. STRUV. S. J. C. Ex. 26. th. 41.

Solchergestalt muß die persecutio rei obligatæ von dem Gläubiger mittelst richterlicher Hülffe geschehen. Dieses geschiehet nun entweder durch remedia possessoria. Das remedium possessorium ist das interdictum Salvianum, quo creditor principaliter possessionem rei oppignoratæ persequitur, & in hoc interdicto sufficit probari rem oppignoratam, tempore oppignorationis ab oppignorante possessam & regulariter adversus tertium non competit. LAUTERB. Comp. Jur. Lib. 43. Tit. 33. Das remedium petitorium aber ist die actio hypothecaria. Diese actio hypothecaria ist nun nichts anders als eine actio realis competens creditori ad pignus vindicandum, adversus quemcunque possessorem. D. i. durch welche ich die mir verpfändete Sache von einem ieden Besitzer derselben wieder fordere und vindicire. LAUTERB. Coll. Jur. Lib. 20. Tit. 1. §. 64. Diese wird nun wieder eingetheilet in die Actionem Servianam und quasi Servianam. Actio Serviana stehet dem Verpachter eines prædii rustici zu, vermittelst dessen, weil ihm seines Pachters sämmtliche in den fundum locatum gebrachte Sachen stilleschweigends verpfändet seyn, er sich an dieselbe hält, und dieselbigen von einem ieden Besitzer dererselben vindici-

diciret. Darvon weitläufftig bey dem Titul von dem Contractu Locati wird gehandelt werden. Die Quasi Serviana aber ist diejenige, welche denen übrigen Gläubigern, denen etwas verpfändet ist, zustehet, ad hypothecas sive pignora sua vindicanda. Und bey dieser Actione will nehmlich der Gläubiger selbige anstellen, so muß er auch die constitutionem pignoris vel hypothecæ, weil solche das gantze Fundament der actionis ist, nothwendig beweisen. Denn die causa actionis hypothecariæ efficiens remota ist der Prætor, oder vielmehr der klahre Lex. Die causa efficiens proxima hingegen ist das jus in re, welches der Gläubiger durch Constituirung einer Hypothec oder Pfandes erlanget hat. Diese Constituirung der Hypothec oder Pfandes muß er nun beweisen, aus Ursachen, weil solche das fundament seiner gantzen Klage ist, und wenn dasselbe nicht wäre, auch die gantze Klage wegfallen müsse. Es ist aber hierbey ein Unterscheid zu machen, ob der Gläubiger seine Klage wider den Schuldner selbst, der die Sache verpfändet, oder contra tertium possessorem anstellet. Im ersten Falle, und wenn er sothane Actionem hypothecariam wider den oppignorantem & debitorem ipsum anstellet, darff er nichts beweisen, als nur dieses, der Beklagte habe ihm quæstionirte Sache verpfändet, keinesweges aber ist er schuldig zugleich zu erweisen daß dazumahl quæstionirte Sache auch in des Beklagten seinen

nen Vermögen gestanden hätte. Reus enim si rem specialiter alteri a se obligatam in bonis suis fuisse, neget, & sic propriam turpitudinem alleget, non audiendus. l 41. ff. de pignor. act. BACHOV. de pignor. l. 5 c 11. n. 2. quamvis generali hypotheca constituta, constituens hanc vel illam rem nunquam in bonis suis fuisse, excipere non prohibeatur, LAUTERB. Coll. Theor. Pract. Lib. 20. Tit. 1. §. 69. Stellet hingegen der Gläubiger die actionem hypothecariam wider den tertium possessorem an, so ist es nicht genug, daß er die geschehene Verpfändung beweise, sondern er muß auch noch beweisen, daß die Verpfändung legitime geschehen, nehmlich 1) rem in illius bonis tunc temporis fuisse, und 2) debitorem oppignorantem, jus oppignorandæ rei, quam petit habuisse, das ist, daß nehmlich der Schuldner auch befugt gewesen diese Sache zu verpfänden. STRYCK. ad LAUTERB. Comp. Jur. Tit. de pignor. verb. *legitimi.* LAUTERB. Coll. Theor. Pract. Lib. 20. Tit. 1. §. 70.

Dergleichen actionem hypothecariam oder quasi Servianam stellet nun an der Gläubiger dem eine Sache verpfändet ist; wenn derselbe gestorben ist, so stellen dessen Erben die actionem quasi Servianam an, dergestalt ut si plures hæredis sint, singulis in solidum hæc actio competat. l. 1. C. si un. ex plur. hæred. creditor. Denn ob schon sonsten ordentlicher Weise die actiones inter hæredes ipso jure divisæ seyn, ita ut quisque

tan-

tantum pro rata teneatur ad æs alienum, so kan sich doch der Besitzer einer solchen verpfändeten Sachen wider die actionem hypothecariam darmit nicht schützen, daß nehmlich viele Erben verhanden wären, es foderte aber nur ein eintziger dieselbe hypothecirte Sache, und nicht zugleich die sämmtlichen andern Neben-Erben. Denn dem ohngeachtet muß er doch die hypothecirte Sache den klagenden Erben heraus geben. Pignoris enim causa est individua ita ut pro quacunque debiti parte in solidum teneatur. l. 65. ff. de evict. l. 19. ff. de pignor. LAUTERB. Coll. Theor. Pract. Lib. 20. Tit. 1. §. 71. STRYCK. ad Lauterb. Comp. Jur. Tit. de pignor. verb. *in solidum*.

Sothane Actio Quasi Serviana wird angestellet adversus quemcunque rei oppignoratæ possessorem qua talem & non qua debitorem, wider einen iedweden Besitzer der ihm verpfändeten Sache, und zwar wider den Besitzer derselben Sache nicht deßwegen weil er sein Schuldner sey, sondern weil er die ihm verpfändete Sache besitzet. Sie wird auch angestellet wider des Verpfändenden seine Erben, in soferne nehmlich selbige die verpfändete Sache besitzen. Hoc enim generale est in omni actione reali, quod non ulterius detur in hæredem, nisi quatenus quis possidet. Seyn viele Erben, und einer hat nur sothane hypothecirte Sache in Besitz, so wird diese actio hypothecaria nur wider den einigen Erben angestellet, welcher diese Sache besitzet,

nicht

nicht aber zugleich wider die andern Neben-Erben, weil die Erben mittelst dieser actionis nicht sowohl als Erben, sondern nur als Besitzer der verpfändeten Sache belanget werden. Sonst findet sie auch contra quemcunque tertium possessorem statt.

Weil nun aber die Actio Quasi Serviana nur wider diejenigen statt findet, welche nehmlich eine einem andern verhypothecirte Sache in Besitz haben, so muß derjenige, welcher solche Actionem anstellen will, nothwendig auch noch über diejenigen Stücke, welche nehmlich obgedachter massen er beweisen muß, er ferner darthun und erweisen, daß derjenige, wider welchen er diese Action anstellet, auch die quæstionirte Sache in Besitz habe. l. fin. ff. de Rei Vindic. l. 16. §. 3. ff. de pignor. Struv. S. J. C. Ex. 26. th. 32. Lauterb. Coll. Theor. Pract. Lib. 20. Tit. 1. §. 73. Solte aber der Beklagte währenden Processes dieselbe streitige Sache veräussert haben, oder er ist sonst drum gekommen, & possidere desiit, so stehet dem Kläger in dem Fall da Beklagter die Sache dolose und mit Vorsatze umkommen und verderben lassen (dolo possidere desiit) das Juramentum in litem zu, vermittelst dessen er beschwöret, so und so hoch schätze er die Sache, u. nach welcher Taxe ihm so denn Gegentheil die Sache bezahlen muß. Hat hingegen der possessor nicht dolose oder betrüglicher Weise die Sache von abhänden kommen lassen, son-

dern sie ist nur culpa possessoris umkommen, so wird er ad interesse creditori præstandum condemniret und verurtheilet. Ist aber die Sache casu fortuito umgekommen u. verlohren gegangen, so wird er von der gantzen Klage absolviret und loßgesprochen. l. 16. §. 3. ff. de pignor. & hypoth. arg. l. 36. §. 1. l. 63. l. 68. ff. l. 27. §. 1. ff. de R. V. LAUTERB. Colleg. Theor. Pract. Lib. 20. Tit. 1. §. 73.

Wie nun also gewiß, daß die actio quasi Serviana auch contra tertium possessorem gehe, so fragt es sich zugleich, ob nehmlich der Creditor den Tertium possessorem mittelst der actionis hypothecariæ in Anspruch nehmen könne? Und da ist es denn nach dem Jure Digestorum und Codicis ausgemachten Rechtens, daß der Gläubiger den Besitzer der verhypothecirten Sache so gleich nondum excusso debitore principali vel ejus fidejussore in rechtlichen Anspruch nehmen könne. l. 10. l. 14. l. 24. C. de pignor. & hypoth. Hingegen nach dem Jure Novellarum ist diese Dispositio geändert, dergestalt, daß der Possessor extraneus, qui debitor vel ejus hæres non est, von dem Gläubiger nicht so gleich nondum excusso debitore principali aut fidejussore, actione Quasi Serviana belanget werden mag, sondern es muß der Gläubiger zuerst den Haupt-Schuldner, und dessen Bürgen in rechtlichen Anspruch nehmen, ehe er den tertium possessorem anpacken will, und alsdenn erst, wenn er

von

von diesem die Bezahlung nicht erhalten kan, mag er sich an die ihm verhypothecirte Sache halten, und deren Besitzer in Anspruch nehmen. Kommt der Gläubiger aber so gleich zum ersten an ihm, und stellet die Actionem Quasi Servianam wider den Tertium possessorem an, ohngeachtet er den Haupt-Schuldner noch nicht in Anspruch genommen und executiret hat, so kan sich der tertius possessor mit bestande Rechtens der Exceptionis beneficii excussionis gebrauchen, und zwar mit der grösten Billigkeit, æquum enim est, ut illi potius, qui ad solutionem sese obligarunt, prius condemnentur, quam tertius, qui nihil promisit, possessione privetur. AUTH. Hoc si debitor. C de pignor. AUTHENT. Sed hodie C. de O & A. Nov. 4. cap. 1. & 2. FRANTZK. lib. 1. Resol. 12. n. 1. sqq. CARPZ. P. 2. C. 18. Def. 17. SCHILTER. ad ff. Exerc. 33 §. 43. sqq. Es wäre denn, 1) daß der Debitor principalis und der fidejussor ipso jure nicht könte in Anspruch genommen und verklaget werden, ja wenn sie rechtlich belanget würden, der Gläubiger von ihnen doch nicht die Bezahlung, vermöge derer Rechte, erhalten könte; z. E. es ist der Haupt-Schuldner und der Bürge nur naturaliter, nicht aber civiliter verbunden, mithin kan keinen von denen beyden die Zahlung zu thun auferleget werden. l. 5. pr. ff. de auth. tut. So kan sich auch der Tertius possessor wider die actionem quasi Servianam nicht schützen, in dem Falle, 2) ubi

debitores notorie non sunt solvendo, oder wenn es ausgemacht und bekandt, daß der Haupt-Schuldner und der Bürge nicht zu bezahlen haben, aus Ursachen, quia excussio non fit ad alium finem, nisi ut appareat an debitor solvendo sit nec ne. CARPZ. P. 2. C. 18 Def. 15. RICHTER. ad Authent. Sed hodie C. de O. & A. n. 9. LAUTERB. Coll. Theor. Pract. Lib. 20. Tit. 1. §. 75. So verhält es sich auch 3) ubi debitores propter absentiam vel aliam causam, difficilis sint conventionis e. g. si sint potentes, rixosi, consueti non solvere etiam verum debitum sine lite. Nov. 4. c. 1. & 2. CARPZ. d. l. Def. 8. n. 1. sqq. & Def. 11. & lib. 2. Resp. 71. n. 6. & 8. Nicht minder kan sich des beneficii excussionis der tertius possessor nicht gebrauchen, 4) ubi Creditor semel rei obligatæ possessionem vel detentionem nactus est, vel ex ejus traditione, vel in possessionem missione, vel ex constituto possessorio. Denn auch in diesem Falle muß nothwendig gesaget werden, daß der Gläubiger nicht erst schuld sey den Haupt-Schuldner anzupacken, sondern es kan derselbe so gleich den tertium possessorem rei obligatæ in rechtlichen Anspruch nehmen, ohne daß sich dieser wider die actionem Quasi Servianam mit dem beneficio excussionis schützen könne. GAIL. 2. Obs. 27. n. 32. BACHOV. de pignor. c. 17. n. 4. FRANTZK. lib. 1. Res. 12. n. 38. sqq. LAUTERB. Disp. de beneficio excussionis. Ferner und vors 5) wenn der Tertius possessor gewust

wust hat, die Sache sey bereits einen andern verpfändet, mag er sich auch mit dem beneficio excussionis nicht schützen. CARPZ. P. 2. Const. 18. Def. 19. Hierzu kommt auch noch dieses, 6) ubi debitor, suscepto cum Creditore judicio rem alienaverit. Denn auch in diesem Falle findet die exceptio beneficii excussionis nicht statt. Nov. 112 c. 1. BACHOV. de pignor. c. 17. n. 3. BRUNNEM. ad l. fin. & Authent. Sed hodie C. de O & A. Schlüßlichen und 7) wenn der Schuldner seinem Gläubiger eine Obligation mit der ihm, dem Schuldner nehmlich, ein anderer verhafftet ist, verpfändet, so kan der Gläubiger diese ihm verpfändete Obligation eintreiben, etiam non excusso debitore suo, ja wenn sich seines Schuldmanns Debitor, dem er aus der ihm verpfändeten Obligation belanget, mit der exceptione beneficii excussionis schützen wolte, kömmt er damit nicht fort, aus Ursachen, quia jus ad nomen debitoris dicitur residere penes ipsum principalem. FRANTZK. l. 1. Resol. 12. n. 71. STRUV. S. J. C. Ex. 26. th. 38. LAUTERB. Coll. Theor. Pract. Lib. 20. Tit. 1. §. 75. STRYCK. Disp. de beneficio excussionis.

Vermittelst dieser Actionis hypothecariæ oder Quasi Servianæ suchet nun der Kläger dieses, daß nehmlich der Richter erkennen und aussprechen möge, es wäre ihm dem Gläubiger sothane Sache verpfändet, mithin solle ihm der Besitzer sothaner Klägern verpfändeten Sache, selbige ausantworten.

Wider solche angestellte Actionem Quasi Servianam kan sich der Beklagte schützen, entweder mit der exceptione pignoris vel debiti soluti, oder mit der exceptione præscriptionis. Im ersten Falle wenn er beweiset, daß die Schuld, vor welche diese Sache verpfändet ist, bezahlet und getilget, oder aber der Gläubiger habe die Pfands-Gerechtigkeit und Hypothec, welche er an denselben fundo oder Sache hätte loßgegegeben und remittiret, so muß er von der wider ihn angestellten Klage entbunden werden. Auf gleiche Weise muß er, wenn er die Exceptionem præscriptionis opponiret, beweisen, daß er nehmlich diese Sache, welche ein anderer als eine verpfändete Sache vindiciren will, justo titulo an sich gebracht, und nachgehends bey uns in Sachsen 31. Jahr 6. Wochen und 3. Tage bona fide besessen. SCHILTER. ad ff. Ex. 33. §. 26. Jedoch kan die Exceptio præscriptionis nur dem tertio possessori, nicht aber dem Schuldmann selbst zu statten kommen, wenn derselbe gleich die Hypothec nach Römischen Rechten 40. Jahr besessen hätte, aus Ursachen, weil er immerdar in mala fide ist, die Dispositio des Römischen Rechtes, als wenn bey der præscriptione pignorum & hypothecarum kein bona fides verhanden wäre, aber durch das in hac materia recipirte Jus Canonicum, gäntzlich aufgehoben mithin nicht zu attendiren. HARPRECHT. Conf. 61. n. 348. sqq. CHRISTINÆUS Vol. 4. Decis. 84. n. 2.

n. 2. Sonst dem Tertio possessori, wenn er die Sache bona fide & justo titulo 31. Jahr 6. Wochen und 3. Tage besessen hat, es sey eine res mobilis oder immobilis, kömmt die Exceptio præscriptionis sowohl auch des Debitoris Erben, wenn sie nur sonst in bona fide seyn zu statten, etiamsi possessor causam habeat a malæ fidei possessore, qui nimirum scivit rem alteri obligatam. BRUNNEM. ad l. 1. C. si advers. credit. LAUTERB. Coll. Theor. Pract. Lib. 20. Tit. 1. §. 82.

Der andere Effectus pignoris, ist, wie oben gedacht, das Jus retentionis. Denn wenn nehmlich der Gläubiger das Pfand in seinen Händen hat, so hat er das Recht, daß er solches Pfand nicht dürffe heraus geben, bis er nicht bezahlet worden, und wenn der Eigenthums-Herr solches Pfandes solches vindiciren wolte, kan der Gläubiger sich allerdings mit der exceptione pigneratitia schützen. l. 6. §. 9. ff. comm. divid. l. 10. C. de pignerat. act. Und ist diese exceptio pignoris nicht etwan allein auf den Fall zu ziehen, wenn nehmlich ich das Pfand deßwegen zurück behalte, weil mir die Schuld, zu dessen Sicherheit mir das Pfand gegeben worden, noch nicht bezahlet, sondern auch wegen einer andern bey dem Debitore zu fordern habenden Schuld, wenn mir gleich vor diese andere Schuld die Sache nicht verpfändet ist. Ex æquitate enim etiam propter aliud debitum pro quo res illa non fuit obligata, retineri potest & idem

obtinet in quolibet debito, ex quacunque causa, l. un. C. etiam ob chirograph. pecun. ibique BRUNNEM. ad LAUTERB. Disp. de retentione th. 10. & 16. & Disp. de tacit. pign. th. 47. Es wäre denn zwischen denen Partheyen was anders abgehandelt worden, v. g. si pignus ad unum debitum particula taxativa fuerit restrictum, vel uno tempore duo debita contracta, & pro uno pignus datum, als in welchen Fällen, wenn die Schuld, vor welche das Pfand gegeben worden, getilget und gezahlet ist, sich der Gläubiger an denselben Pfande wegen einer andern Schuld, damit ihm der Schuldner verwandt ist, nicht halten mag. l. 11. §. 3. ff. de pigner. act.

Der dritte Effect der Pfandes-Gerechtigkeit bestehet darinnen, nehmlich in dem jure prælationis. Dieses äussert sich nun hauptsächlich bey Concursen. Denn da kommen die Gläubiger, welche eine Hypothec auf dem Guthe haben, in die dritte Classe, und gehen ihnen weiter niemand vor, als in der ersten Classe diejenigen, welche ein jus prælationis haben, und denn in der andern diejenigen, welche eine hypothecam privilegiatam haben, alsdenn kommen diejenigen immediate, welche eine blosse hypothec sine speciali privilegio haben. Hieraus fliesset, daß ich allhier nur von denen blossen Hypothecen, so auf unbeweglichen Grund-Stücken hafften, rede, nicht aber von denen

Pfän-

Pfändern, die in beweglichen Sachen bestehen, und welche der Gläubiger in seinen Beschluß hat. Denn diese ist er heraus zu geben, und in den Concurs zu werffen nicht schuldig, vielmehr hält er sich an sein Pfand, und giebt dasselbe nicht eher weg, als bis er seine Schuldforderung bezahlt bekommen hat. Hat aber der Gläubiger das Pfand nicht in seiner Hand und Beschluß, so muß billig gesaget werden, daß er so denn sich in den Concurs melden müsse, hingegen hält er sich an die ihm verpfändete Sache, und wird daher so gleich in die dritte Classe gesetzet.

Vermittelst dieses privilegii prælationis werden nun die hypothecarischen Gläubiger so gleich in die dritte Classe lociret, und allen andern Gläubigern, die nur ein blosses privilegium personale haben, z. E. denenjenigen, die ein depositum voluntarium & extra judiciale bey dem Schuldner zu fordern haben, item, Aliment-Geldern, denenjenigen, welche Geld ohne Zinß geliehen haben, u. s. f. vorgezogen; Die Ursachen warum solche, nur alleine personaliter privilegirte Gläubiger, nicht minder die blossen und schlechten chirographarischen Gläubiger denen hypothecarischen nachgesetzet werden müssen, bestehet darinnen, quia saltem habent jus ad rem & actionem personalem, hypothecarii vero jus in re, & ad illam consequendam actionem realem, quæ personali fortior & potentior

 est.

est. l. 9. C. qui potior. in pignor. FRANTZKIUS ad ff. Lib. 20. Tit. 4. n. 7. RICHTER. P. 2. Decis. 99. n. 221. HAHN. de privileg credit. n. 4.

Unterweilen äussert sich nun auch dieses, daß verschiedene und mehrere Creditores hypothecarii mit einander concurriren, und da fragt es sich, welcher denn unter ihnen dem andern vorgezogen werden müsse? Darauf antworte ich nun folgendes: Man muß nehmlich sehen auf den modum constituti pignoris, und denn auch ferner auf temporis prioritatem. An denen Orten, wo die Verpfändung derer unbeweglichen Grund-Stücke, auch vor Notario und zweyen Zeugen gültig seyn, gehen doch die Verpfändungen, welche gerichtlich geschehen sind, ihnen vor, ob sie schon die letzten wären. STRYCK. ad LAUTERB. C. J. Tit. 4. Lib. 20. verb. *publico.*

Temporis prioritatem anlangend, so ist bekandt, daß derjenige, welcher eher die Hypothec erlanget hat, als der andere, der erst nach der Zeit die Hypothec erlanget hat, dem letztern vorgezogen werden müsse, nach der Rechts-Regul, qui prior tempore, potior est jure, wie solches auch der l. 2. C. qui potior in pignor. mit diesen Worten bekräfftiget. Cum de pignore utraque pars contendit, prævalet jure, qui prævenit tempore. Daher LAUTERB. in Coll. Theor. Pract. Lib. 20. Tit. 4. diese Regul zum Grunde setzet. Si itaque ratione constituti pignoris ejusdem sint conditionis, primo omnium

vi-

videndum, an uno eodemque tempore diversis creditoribus in eadem re hypotheca constituta sit, an diverso tempore. Im ersten Falle nun, wenn zweyen oder mehrern zu gleicher Zeit eine Hypothec ist constituiret worden, so muß man wiederum wohl unterscheiden an pignus in eadem re eodem tempore pluribꝰ separatim sit constitutum, an vero una eademque res uno eodemque tempore pluribus simul & conjunctim oppignorata fuerit. Ist dieses geschehen, es ist nehmlich die Hypothec in einer Sache verschiedenen separatim und besonders zu einer Zeit constituiret worden, so ist zu gedencken, quod singulis in solidum constitutum censeatur ita, ut contra tertium possessorem singuli in solidum actionem habeant hypothecariam, seu Servianam; concursu tamen partes faciunt pro rata & qualitate debiti. l. 16. §. 8. ff. de pignor. Ist letzteres geschehen, daß nehmlich eine Sache verschiedenen Personen zu gleicher Zeit, und zwar simul in conjunctim verpfändet worden, so muß 1) wenn die verpfändete Sache singulis in solidum verpfändet worden, einen ieden die actio hypothecaria zustehen, und wenn ein Concurs entstehet ein ieder pro rata befriediget werden, oder 2) wenn die Sache nicht singulis in solidum, sondern pro partibus verpfändet ist, ein ieder sich an den Theil derselbigen Sache auf die er Verpfändung erlanget hat, halten, und davon befriediget werden, oder 3) wenn die Sache simplici-

pliciter, sine ulteriori expressione vel adjectione verpfändet ist, tunc quisque pro quantitate debiti agere potest, und wenn die Sache nicht zureichet, so muß ein ieder von denen Gläubigern nach Antheil und Grösse seines Capitals etwas schwinden lassen. CARPZ. P. 1. c. 28. Def. 111. & Def. 146.

Im andern Falle, wenn ihrer zweyen oder mehrern eine eintzige Sache nicht zu einer Zeit ist verpfändet worden, sondern zu verschiedenen Zeiten, so bleibt es bey der Regul, daß derjenige müsse nothwendig denen andern vorgezogen werden, welcher eher und die erste Hypothec erlanget hat, als die andern, sogar, daß derjenige, welcher nur eine viertel oder halbe Stunde vor dem andern die Hypothec erhalten, denen andern müsse vorgezogen werden, z. E. Mevius hat den 1. April Anno 1720. vormittags um 9. Uhr die Hypothec erhalten, Titius erhält seine Hypothec eben denselben Tag und Jahr 1. viertel auf 10. Uhr vormittags, Sempronius wiederum seine Hypothec eben denselben Tag und Jahr halb 10. Uhr vormittags, so wird Mevius allen beyden, Titius aber Sempronio vorgezogen, quia hæc temporis prærogativa ad horam & momentum consideratur. GAIL. l. 2. obs. 25. n. 3. CARPZ. P. 1. C. 28. Def. 111. n. 1. THOMASII Disp. de prioritate & posterioritate temporis dubia atque incerta.

Es fragt sich aber hierbey wiederum, wer denn

denn in pignore vor prior tempore, mithin auch potior jure gehalten werden solle? Und da ist denn zu sagen, derjenige ist prior tempore, qui 1) prius credidit pecuniam, & 2) accepit hypothecam. Beyde Stücke müssen nothwendig bey einander seyn, dergestalt, daß wenn eines davon fehlet alsdenn auch nicht gesaget werden könne, daß derselbe denen andern Hypothecariis vorgehe. Daher wenn Titius den 1. April iemanden ohne Hypothec Geld geliehen, Mevius leihet den 2. April eben denselben 1000. Thlr. und bekommen denselben Tag die Hypothec zugleich, Titius bekommt erst den 2. May desselben Jahres eine Hypothec vor die am 1. April gelehnten Gelder, so geht doch Mevius Titio vor, aus Ursachen, quia prius utrumque fecit.

Der letzte Effect der Pfands-Gerechtigkeit bestehet in distractione pignorum & hypothecarum, oder in Veräusserung derer verpfändeten Sachen. Denn obschon ordentlicher Weise niemand ein mehreres Recht auf den andern transferiren mag, als er selbst hat, und derjenige, welcher nicht Eigenthums-Herr einer Sache ist, selbige auch nicht veräussern kan, so agiret doch der Schuldner durch seinen Gläubiger als durch einen Gevollmächtigten und Procuratorem, dem er durch die geschehene Verpfändung die Freyheit solche verpfändete Sache zu veräussern gegeben hat. l. 29. in fin. ff. famil. ercisc. l. 46. ff. de acquir. rer. domin. Und dieses

ses Recht des Gläubigers die verpfändete Sache zu veralieniren stecket schon in ipsa intrinseca pignoris natura, dergestalt, daß auch vermittelst eines ausdrücklich getroffenen Pacti und Vergleichs dem Creditori diese Freyheit nicht genommen werden kan. t. t. C. de vend. pign. imp. non poss. aus Ursachen, quia pignus eum in finem constituitur, ut securus sit creditor de pecunia debita, quæ securitas in eo consistit, ut Creditor pignus distrahere, atque ita sibi satisfacere possit. Unde ULPIANUS in *l. 7. §. 1. ff. de reb. eor. quæ sub tut. vel cur.* creditorem jus suum exequi dicit, quando pignus vendit, alioquin ademta hac alienandi potestate, pignus prorsus inutile & sine effectu futurum esset. FRANTZK. ad ff. Lib. 20. Tit 5. n 1. sqq. LAUTERB. Disp. de pignore tacito th. 49.

Wie nun also ein Pfand und eine verhypothecirte Sache gültiger Weise veräussert werden können; also ist auch zu gedencken, daß solche Veräusserung entweder von dem Schuldner oder aber von dem Gläubiger geschehen könne. Die Veräusserung, welche von dem Schuldner und gemeiniglich bey verhypothecirten unbeweglichen oder doch dergleichen beweglichen Sachen, die dem Gläubiger zwar verpfändet, aber nicht in seinen Beschluß gegeben worden, geschiehet, ist zwar zu recht beständig, aus Ursachen, weil der Schuldner der geschehenen Verpfändung ungeachtet, dennoch von derselben

ver-

verpfändeten Sache Eigenthums-Herr verbleibet, mithin selbige jure dominii gültiger Weise veräussern kan. l. 35. §. 1. l. 6. C. de pigner. act. Hingegen kan sie doch nicht anders als cum causa & onere suo, seu salvo jure pignoris veräussert werden, mithin bleibt dieselbe Sache, wenn sie gleich veräussert worden, dennoch dem Gläubiger verpfändet, quia jus in re, creditori acquisitum, non extinguitur, sed dicta conditio semper subintelligitur. l. 11. & l. 12. C. de distract. pign. l. 15. C. de pign. l. un. C. rem alien. gerent. Und machet man keinen Unterscheid an res in genere an in specie expresse oder tacite sit obligata. Denn in allen diesen Fällen geschiehet die von dem Schuldner geschehene Veräusserung nicht anders als salvo jure pignoris l. un. C. rem. alien. gerent.

Ob nun aber schon ordentlicher Weise auch der Schuldner die dem Gläubiger verpfändete Sache gültiger Weise veräussern kan, so leidet dieses doch seinen Abfall in dem Falle, wenn nehmlich das pactum de non alienando darzu gekommen, das ist, es hat sich der Schuldner verbündlich gemacht, die dem Gläubiger verpfändete Sache nicht zu veräussern. Denn in diesem Falle ist dem Schuldner die Freyheit benommen die verpfändete Sache zu veräussern, und wenn er solches dem ohngeachtet gethan, so ist dergleichen Veränderung null und nichtig, und nicht zu recht beständig und gültig. l. 7. §.

fin.

fin. ff. de distract. pign. Grass. in Disp. de mand. jurisd. de non alien. §. 4. p. 12. dergestalt, daß wenn auch gleich der Gläubiger gewust hat, es würde solche ihm verpfändete Sache verkaufft, und dennoch nicht darwider contradiciret hat, er dennoch solche Sache von dem Käuffer vindiciren könne, dergestalt, daß wenn der Gläubiger den Käuffer und Besitzer der ihm verpfändeten Sache, mittelst der actionis hypothecariæ rechtlich belanget, dieser sich nicht einmahl mit der exceptione nondum excussi debitoris schützen kan, aus Ursachen, quia injusto titulo rem acquisivit. Stryck. ad Lauterb. lib. 20. Tit. 5. verb. *nihil agit*.

Nun komme ich auf den andern Fall, wenn nehmlich der Gläubiger das ihm in Verwahrung und in seine Hände gegebene Pfand veräussert. Denn daß der Gläubiger das ihm übergebene Pfand gültiger Weise veräussern könne, habe ich schon oben gründlich gezeiget. Ja diese Macht und Gewalt des Creditoris ist so groß, daß wenn ihm auch gleich solche Veräusserung nicht durch ein besonderes pactum vergönnet worden, er dennoch die ihm verpfändete Sache, wenn der Schuldner das Pfand einzulösen zaudert, gültiger Weise veräussern mag, aus Ursachen, quia hoc pactum de alienando oppignorationi tacite inest. Stryck. ad Lauterb. l.c. verb. *absque pacto*. Ja wenn der Gläubiger viele Pfänder hat, so stehet es in seiner Gewalt und

Frey-

Freyheit, welches von denenselben er veräussern wolle. l. 4. l. 8. l. fin. ff. l. 7. C. de distract. pign. LAUTERB. Coll. Theor. Pract. Lib. 20. Tit. 5. §. 3.

Es veräussert aber der Gläubiger die ihm verpfändete Sache auf zweyerley Weise, entweder authoritate Magistratus interveniente, oder aber auch authoritate privata. Was die erste Art anbetrifft, wenn nehmlich eine Sache authoritate Magistratus veräussert wird; so geschiehet dasselbe nicht anders, als bey der gerichtlichen Veräusserung einer Sache geschiehet, wenn nehmlich der Kläger den Beklagten ausgeklaget, ihm die Hülffe thun lassen, und so denn die Sache gerichtlich subhastiret und dem Meistbiethenden zugeschlagen oder adjudiciret wird.

Wird aber ein Pfand von dem Gläubiger authoritate privata und also aussergerichtlich veräussert, so ist dieses hierbey nothwendig zu beobachten, ut rite & legitime fiat. Daher folget, daß der Gläubiger das Pfand nicht vor der Verfallzeit veräussern dürffe, mithin wenn der Schuldner das Geld auf 2. Jahr geborget hat, darff der Gläubiger das Pfand nicht vor Verlauff dieser 2. Jahre veräussern, nach dieser 2. Jahre Verlauff aber stehet ihm die Freyheit das Pfand zu veräussern allerdings zu, ohne daß er erst den Schuldmann mahnen dörffte. Dies enim interpellat pro homine. STRYCK. ad LAUTERB. C. J. lib. 20. Tit. 5. verb. *Diei solutionis.* l. 4. ff. l. 7. C. de distract. pign. l. 5. §. 1. ff. quib.

prod. pign. vel hypoth. solv. Ist aber in der Schuld-Verschreibung keine gewisse Zahlungs-Zeit ausgemacht, sondern es stehet nur bloß nach viertel-jähriger Aufkündigung, so kan der Gläubiger das Pfand nicht eher veräussern, als wenn er dem Schuldner das Capital aufgekündiget, und zu derselben Zeit, als nehmlich der Schuldner vermöge der Aufkündigung das Capital bezahlen sollen, hat er solches nicht bezahlet. Eher aber kan er das Pfand nicht veräussern. l. 10. C. de distract. pignor.

Was den modum alienationis anlanget, so ist zu gedencken daß die alienatio von dem Gläubiger nothwendig müsse bona fide geschehen. Daher darff der Gläubiger solches Pfand nicht etwan um einen Pappenstiel verkauffen, sondern er muß sich hierbey aufführen, als wenn die Sache sein eigen wäre, mithin sich bemühen das Pfand so hoch zu verkauffen als es nur möglich ist. l. 3. C. si vendit. pign. ag.

So viel die Solennitäten anlanget, die der Creditor bey Veräusserung derer bey ihm versetzten Pfänder zu beobachten hat, so ist davon folgendes zu erinnern: Nehmlich man muß 3. Casus wohl unterscheiden, 1) ob nehmlich der Gläubiger mittelst eines besondern Pacti die Freyheit von dem Schuldner erlanget hat, solche verpfändete Sache zu veräussern, oder aber 2) ob dergleichen pactum de alienando unter dem Gläubiger und Schuldner gar nicht getroffen worden, oder aber 3) ob der Schuldner aus-

drück-

drücklich das pactum angehänget hat, daß der Creditor solches Pfand nicht veräussern solle? Was den ersten Fall anbetrifft, so ist zu gedencken, daß bey selbigen gar nicht nöthig sey, daß der Gläubiger es seinem Schuldner zu wissen thue, er solle die Schuld bezahlen, wiedrigen falles wolle er das Pfand verkauffen, sondern er kan ohne dergleichen vorhergegangener Denunciatione, debitori facta allerdings post moram commissam oder nach Verlauff der in der viertel-jährigen Auffkündigung gesetzten Zeit, wenn der Schuldner ihn nicht bezahlet, das Pfand veräussern und verkauffen, ob wohl der Creditor besser thut, daß er den Gläubiger zu wissen thue, er wolle das Pfand verkauffen, ut intersit & videat, omnia bonæ fide peragi. STRYCK. ad LAUTERB. C. J. Lib. 20. Tit. 5. verb. *ulteriore denunciatione.*

Um aber auf den andern Fall zu kommen, wenn nehmlich gar kein dergleichen pactum de alienando getroffen worden, so ist dieses zu gedencken, daß der Creditor dem Schuldner zuvor, ehe er noch das Pfand veräussert, ankündige, er solle die Schuld bezahlen, wiedrigenfalles wolle er das Pfand bezahlen. Jedoch ist der Creditor nicht schuldig, mehr denn einmahl dem Schuldner dieses zu denunciren. Nach Römischen Rechten ist zwar wohl nach dieser in hoc casu geschehenen Denunciation Rechtens, daß mittelst des l. fin. C. de jure dom. impetr. nach solcher geschehenen Denunciation der Creditor noch 2. Jahr warten müsse, binnen welcher Zeit dem

Schuldner frey stünde die Schuld zu bezahlen, mithin das Pfand einzulösen: Hingegen moribus nostris ist keinesweges nöthig, daß der Creditor nach solcher Denunciation noch 2. Jahr warten müsse, sondern es kan derselbe, wenn die Zeit, die er ihm in der Denunciation gesetzet hat, verflossen ist, allerdings das Pfand gültiger Weise distrahiren. PEREZ. quib. alien. lic. n. 4. BRUNNEM. ad l. fin. C. de distract. pignor. STRYCK. Us. Mod. ff. Lib. 20. Tit. 5. §. 7. CARPZ. P. 1. C. 28. Def. 136.

Was den dritten Fall anlanget, wenn nehmlich das pactum de non alienando ausdrücklich angehänget worden, so muß der Creditor den Schuldner dreymahl viertel-jährig zu wissen thun, daß er, wenn er nicht binnen derselben Zeit die Schuld bezahlen würde, er so denn das Pfand veräussern würde.

Wenn nun dieses alles geschehen, so fragt es sich, ob so denn der Creditor das Pfand nach eigenem Gefallen verkauffen könne. Und daß denn ein Unterscheid zu machen, ob nemlich der Schuldner bey Verkauffung des Pfandes zugegen sey oder nicht? Im ersten Falle, wenn der Creditor selbst zugegen ist, so ist es schon gültig, wenn die Sache veräussert worden. Im andern Falle aber, muß er dasselbe Pfand subhastiren lassen.

Ist nun also das Pfand auf diese Maasse rechtmäßig veräussert worden, so würcket sothane geschehene Veräusserung so viel, daß weil der Gläubiger das Pfand loco domini veräussert,

wenn

wenn sothanes Pfand nur des Schuldners eigenthümlich und nicht eine fremde Sache gewesen, so denn das Eigenthum von solchem Pfande auf den Käuffer transferiret werde, und zwar ex potestate a domino, vel lege concessa. l. 46. ff. de Acquir. rer. Dom. Ist hingegen das Pfand nicht des Schuldners eigenthümlich, sondern vielmehr eine fremde Sache gewesen, so kommt zwar auf den Käuffer das Eigenthum derselben Sache nicht irrevocabiliter, unterdessen aber erlangt der Käuffer doch das Recht, daß er solche Sache præscribiren kan, seu transfertur in emptorem conditio usucapiendi. Hingegen wenn der Eigenthums-Herr solcher Sache kömmt, und dieselbe vindiciret, so hat der Käuffer sothanen Pfandes keine action oder Recht wider den Creditorem der solches Pfand veräussert hat, zu klagen, l. 1. & t. t. C. credit. evict. pign. non debere. l. 10. l. 12. §. 1. ff. de distract. pign. l. 11. §. 16. ff. de act. empt. vend. l. 50. ff. l. 13. C. de evict. es wäre denn, daß der Gläubiger dolose gehandelt, und gewust, daß solches Pfand einem Fremden zugehöre, und nicht des Schuldners eigenthümliche Sache sey, oder aber die Eviction ausdrücklich versprochen, als in welchem Falle der Creditor allerdings von dem Käuffer wegen der Eviction belanget werden kan. Hingegen wenn dieses nicht ist, so kan der Käuffer wider den Creditorem, der das Pfand veräussert hat, nicht klagen, wohl aber stehet ihm frey wider den Schuldner cujus nomine & jure per

creditorem tanquam procuratorem res fuit alienata, zu klagen und das Kauff-Pretium zu fordern. l. 12. §. 1. ff. de distract. pign. l. 13. ff. cod. Hingegen ist auch dieses zu gedencken, daß wenn der Gläubiger das Pfand verkauffet hat, er den Uberschuß von dem Kauff-Gelde, in so weit es des Gläubigers zu fordern habendes Capital und Interesse übersteiget, dem Schuldner heraus geben müsse.

TIT. XVI.
DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

TIT. XVII.
DE DUOBUS REIS STIPULANDI ET PROMITTENDI.

TIT. XVIII.
DE STIPULATIONE SERVORUM.

TIT. XIX.
DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

TIT

TIT. XX.
DE
INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

WAs alle diese 5. Titul anbetrifft, so finden dieselbigen heut zu Tage gar keinen Nutzen, weil alles dasjenige, was von denen Stipulationibus ist in Römischen Rechten geschrieben, sich auf unsere heutige Verfassung gar nicht appliciren lässet, auch bey uns die Pacta nuda sine stipulatione gültig sind. Daher denn auch alles was hier in diesen Tituln vorkommt, in dem 23. Theil gegenwärtigen Vorhoffes p. 1005. sqq. und in dem 24. Theil p. 1039. sqq. angeführet worden, darauf ich mich auch allhier beruffen haben will.

TIT. XXI.
DE
FIDEIUSSORIBUS.

ES ist die Bürgschafft nichts anders als ein contractus verbis initus, quo quis alienam obligationem ob majorem crediti securitatem ita in fidem suam recipit, ut principalis debitor nihilominus maneat obligatus. Solchemnach erhellet daraus, daß dieses ein Bürge sey, welcher sich verbündlich machet, daferne der Haupt-Schuldner nicht bezahlen würde, wolte er das Capital selbst, nicht anders als wenn es seine eigene Schuld wäre, bezahlen.

Ehe ich noch auf die gäntzliche Betrachtung der Lehre von denen Bürgen komme, muß ich auch noch die verschiedene Eintheilung derer Bürgen betrachten. Es werden aber die Bürgen eingetheilet in necessarios und voluntarios. Necessarii seyn diejenigen, qui ex aliqua hypothetica necessitate constituantur, oder wo die Rechte erfordern, daß Bürgen gesetzet werden müssen, z. E. wer den Usumfructum geniessen will, muß dem Proprietario durch Bürgen tüchtige Caution bestellen. Item die Vormünder müssen, wie bereits im ersten Buche gedacht worden, Bürgen stellen. Aus diesen angeführten erhellet von sich selbst, daß die Eintheilung derer Bürgen in necessarios nicht daher zu nehmen, nehmlich quod quis necessario fidejussor esse debeat; sondern vielmehr intuitu personæ debitoris, quod hic interdum fidejussorem ex dispositione legis constituere teneatur, mithin folget von sich selbst, daß die fidejussores voluntarii nichts anders sind als diejenigen quæ ex mera conventione libera constituantur, oder wo nehmlich der Schuldner sich freywillig mit dem Gläubiger vereiniget, er wolle einen Bürgen setzen, ohngeachtet er de necessitate juris nicht schuldig wäre, einen Bürgen zu stellen. Der Nutzen von dieser Eintheilung derer Bürgen bestehet darinnen. Der fidejussor necessarius muß auch ex post facto bestellet werden, wenn gleich nicht sogleich vom Anfange derselbe ist gesetzet oder ausgedinget worden. l. 7. pr. ff. Usufruct. quem-

adm.

adm. cav. Hingegen aber fidejussor voluntarius kan nach der Zeit nicht gefordert werden, wenn er sich denselben nicht so gleich beym Anfange bedungen hat, hic enim obligatio debitoris ad fidejussorem constituendum ex legis dispositione immediata non oritur. LUDOVICI Usus Pract. distinct. Jurid. Lib. 46. Tit. 1. dist. 2.

Ferner werden die Bürgen eingetheilet in judiciales und extrajudiciales. Erstere seyn solche, welche gerichtlich bestellet worden, letztere diejenigen, welche aussergerichtlich bestellet worden, wiewohl in Ansehung des Effects der Bürgschafft kein Unterscheid ist. Hingegen diese Eintheilung in principales & succedaneos hat eine mehrere Krafft und Würckung. Principalis fidejussor ist derjenige, qui principalis debitoris obligationem in fidem suam recipit, oder welcher sich vor den Haupt-Schuldner, der das Geld vor sich geborget hat, verbürget, Fidejussor succedaneus aber ist derjenige, qui fidejussoris obligationi accedit, eamque fide sua esse jubeat, oder derjenige, welcher sich vor den Haupt-Schuldner bey den Bürgen verbürget, daß, wenn der Bürge vor den Haupt-Schuldner bezahlen müsse, er so denn seinen Regress an ihn den fidejussorem succedaneum nehmen könne, deßwegen heisset er auch **Rück-Bürge.**

Weiter werden die Bürgen auch noch eingetheilet in simplices und fidejussores indemnitatis. Erstere sind die ordentlichen Bürgen, qui simpliciter idem, quod principalis debet in fidem

suam recipiunt, pro eoque sese obligant. Letztere, welche auch schadloß Bürgen heissen, seyn nur diejenigen, qui sub conditione, & eum in casum, quo creditor debitum suum vel omnino non, vel non in totum consequi potest, ad reliquum præstandum sese obligat, d. i. es seyn dergleichen Bürgen, welche sich nicht so schlechterdings, sondern nur auf den Fall verbürgen, wenn nehmlich der Gläubiger seine Forderung entweder gar nicht, oder doch nicht gantz bekäme, so wolten sie ihn schadloß halten, und ihn vor den Haupt-Schuldner bezahlen. Z. E. unter dieser Formul: **Wenn der *Creditor* von dem *Principal-Debitore* nicht könne befriediget werden, soll er alsdenn ohne Schaden seyn, und von mir die Bezahlung zu fordern haben.** Aus dieser Beschreibung fliesset dieses, daß dergleichen Schadloß-Bürge sich allezeit nur unter der Bedingung verbürge, wenn nehmlich der Haupt-Schuldner gar nichts zu bezahlen hat, mithin kan er auch nicht wie die andern Bürgen so gleich belanget werden, sondern der Creditor kan ihn nur alsdenn in Anspruch nehmen, wenn nehmlich der Schuldner nichts zu bezahlen hat, mithin er der Creditor zu seiner Bezahlung nicht gelangen kan. Non enim eo animo accedit, ut statim æque ac principalis debitor, in solidum obligetur, & de jure Digest. & Cod. sicut alii fidejussores pro lubitu creditoris conveniri possit, sed tunc demum, si aliquid secutum: hinc ejus obligatio in casum futurum incer-

certum differtur & ante principalis debitoris excussionem ipso jure est tutus, nec absente principali ante illum conveniri potest. *l. fin. pr. ff. de R. C. l. 116. ff. de V. O. l. 6. pr. ff. de novat. l. 21. ff. de solut. l. 45. §. 11. ff. de jure fisci l. 2. C. de fidej. tut.* & ante solutum condictione indebiti repetit. *l. 16. pr. l. 18. ff. de condict. indeb.* LAUTERB. *Coll. Theor. Pract. lib. 46. Tit. 1. §. 8.* Hieraus fliesset nun wiederum, daß der Fidejussor simplex zwar dem beneficio excussionis renunciren könne, nicht aber der Fidejussor indemnitatis. Denn die von ihm geschehene Renunciatio beneficii ordinis & excussionis wäre gantz unnütze, deßwegen quia re vera involveret contradictionem. HERING de fidejuss. c. 27. p. 1. n. 142. Ja BERLICH. P. 2. Concl. 22. n. 25. sqq. statuiret gar ausdrücklich, daß wenn auch gleich dergleichen Renunciatio eydlich geschehen, dennoch sothane Renunciatio keinen Effect brächte. Dem ich aber mit STRYCKIO in Cautel. Contract. Sect. 2. cap. 6. §. 24. und LUDOVICI in Usu Pract. Distinct. lib. 46. Tit. 1. Distinct. 3. & 4. widerspreche, aus Ursachen, quia juramentum quod salva salute æterna servari potest, servandum sit, mithin wird in diesem Falle der Fidejussor indemnitatis mittelst seines abgelegten Eydes, nunmehr zu einem Fidejussore simplici. Sonst wenn diese eydliche renunciatio nicht geschehen, so hat selbige renunciatio simplex bey dem fidejussore indemnitatis gar keine Krafft und Würckung, mithin mag er auch von dem Creditore nicht angehalten wer-

werden zu bezahlen, ehe und bevor er nicht den Haupt-Schuldner ausgeklaget hat, und von ihm die Zahlung nicht erhalten kan. Indemnitatis enim fidejussor non obligatur, nec a creditore conveniri potest, nisi excusso principali LAUTERB. Disp. de Fidejussore indemnitatis cap. 6. SHILTER Prax. Jur. Rom. Ex. 48. §. 28. STRYCK Caut. Contract. Sect. 2. cap. 6. §. 29. So viel will ich hierbey nur zeigen, daß man den Fidejussorem succedaneum, oder den Rück-Bürgen mit dem Fideiussore indemnitatis nicht vermengen dörffe. Denn beyde Arten differiren toto cœlo von einander. Der Rück-Bürge wird von dem Schuldner nicht etwan seinem Gläubiger, sondern vielmehr dem Fideiussori principali zu seiner des Fideiussoris principalis Sicherheit gegeben, damit nehmlich der Haupt-Bürge, wenn er vor den Schuldner bezahlen müste, sich an den Rück-Bürgen halten, und von ihm das Bezahlte wiederfordern könne. Hingegen der Schadloß-Bürge wird dem Creditori zu dessen Sicherheit von dem Haupt-Schuldner gegeben, auf den Fall, ubi nec a debitore, nec a fideiussore principali suum consequi possit, ut ita penitus indemnis maneat. Ille (der fideiussor indemnitatis nehmlich) in gratiam creditoris intercedit, hic vero, (nehmlich der fideiussor succedaneus) in gratiam fideiussoris principalis sese obligat, ut scilicet plane securus reddatur dictus fideiussor principalis de recuperatione illius, quod pro debitore forsan solvere necesse habuerit. Der Schadloß-

Bür-

Bürge wird auf den Fall, wenn nehmlich der Gläubiger excussus und nicht im Stande zu bezahlen von dem Creditore in Anspruch genommen, der Rückbürge hingegen kan nicht von dem Creditore, sondern vielmehr von dem Bürgen, der vor dem Haupt-Schuldner bezahlen müssen, angepacket und verklaget worden. Ex quo patet, schreibt Ludovici *in Usu pract. distinct. dist. 3.* fideiussorem succedaneum a Creditore nunquam conveniri posse, sed solum a primo fideiussore, qui illud quod solvit pro debitore, iterum repetit. Cæterum si plures sunt eiusmodi fideiussores succedanei, eadem quoque ipsis beneficia competunt, quæ alias principalibus tribuuntur. l. 27. §. 4. ff. de fidejussor.

Da ich die verschiedene Eintheilung derer Bürgen betrachtet habe, so ist nunmehro die Hauptlehre von denen Bürgen zu erwehnen, und vor die Hand zu nehmen. Die Bürgschafft muste nun vorzeiten solenni stipulatione geschehen, wiedrigenfalles war dieselbe nicht gültig. Hingegen bey uns heutiges Tages in Teutschland, da die solennen stipulationes nicht mehr in Gebrauch noch nothwendig sind, so kan die fideiussio so wohl inter absentes, als auch inter præsentes nuda voluntate, vel pacto, vel consensu quoquo modo aut facto declarato geschehen. Carpz. P. 2. C. 19. Def. 17. n. 3. Stryck. Us. Mod. ff. Lib. 46. Tit. 1. §. 1. Struv. S. J. C. Ex. 47. th. 37. ibique Muller. Daher folget, daß wenn Mevius bey Titio Geld borget, Titius spricht zu dem gleich gegen-

genwärtigen Sempronio, wolt ihr Bürge davor seyn? Sempronius antwortet nichts, sondern giebt Titio nur die rechte Hand darauf, so ist dieses schon eine zu Recht beständige Bürgschafft. Manus enim est evidens perfecti consensus atque fidei signum. HERING. de fideiuss. c. 11. n. 165. Eben so verhält es sich auch, wenn Mevius eine Obligation eigenhändig aufgesetzet, und darinnen geschrieben, Sempronius wäre Bürge davor, Sempronius unterschreibet auch diese Obligation eigenhändig, so hat er darein consentiret, und sich gültig verbürget. pr. J. de emt. vendit. l. 26. §. 1. ff. de pignor. l. 8. §. 10. ff. quib. mod. pign. l. fin. §. 2. C. de jure delib. CARPZ. P. 2. C. 20. Def. 9. SCHILTER. ad ff. Ex. 48. §. 27. LAUTERB. Disp. de indemnit. fideiuss. th. 10. & 11.

Solchergestalt kan heut zu Tage die Bürgschafft nuda voluntate vel pacto, vel consensu quoquo modo, aut facto declarato geschehen. Jedoch wird an Seiten des Bürgen consensus liber, das ist ein freyer und ungezwungener Wille erfordert. Daher niemand wider seinen Willen zur Bürgschafft gezwungen werden mag, folglich wenn einer minis, metu aut aliis mediis violentis zur Bürgschafft gezwungen worden, wird er wider dieselbige in integrum restituiret. l. 14. §. 6. ff. quod met. caus.

Es fragt sich aber, ob denn alle und iede Personen sich vor andere verbürgen können. Darauf denn die Regul zur Antwort dienet. Alle diejenigen Personen, welche sich verbündlich

ma-

machen, und ein pactum eingehen können, alle dieselbigen können auch ordentlicher Weise sich vor andere verbürgen. Hingegen welche andern sich nicht können verbündlich machen und ein Pactum oder Contract schliessen, alle dieselben werden auch zu der Bürgschafft nicht gelassen. Daher alle Kinder, Rasende, Närrische, im Kopf verruckte, Minorrennen, Verschwendere, vor andere nicht mögen verbürgen.

Hierzu kommen noch vermöge der ausdrücklichen Disposition der Rechte die Weibs-Personen, als welche sich weder vor ihre Männer noch vor fremde Personen verbürgen können, dergestalt, daß wenn sie sich gleich verbürget haben, ihnen doch das SCtum Vellejanum, und die Avthentica, Si qua Mulier wider solche Bürgschaft zu statten kommt, und durch selbige die Bürgschafft null und nichtig gemachet wird. Wiewohl diese Regul, daß die Bürgschafften derer Weiber null und nichtig sind, in verschiedenen Fällen ihren Abfall leidet. Daher so wohl bey der Bürgschafft einer Frauen vor ihren Mann, als auch vor einen Fremden, diese Regul und das SCtum Vellejanum sammt der Avthentica Si qua mulier C. de SCto Vellejano cessiret, und die Bürgschafft einer Weibs-Person zu recht beständig und gültig ist, 1) wenn die Weibs-Person vor einen andern sich verbürget oder sonst intercediret hat, dadurch aber nicht ärmer worden, noch einigen Schaden zu befürchten hat, sondern sich vielmehr in ihren Nutzen

tzen verbürget hat, z. E. die Weibs-Person ist Cajo 100. Thlr. schuldig, Cajus ist wieder Sempronio 100. Thlr. schuldig, und vor dem verbürget sie sich, l. 17. §. fin. l. 18. ff. de SCto Vellejano. SANDE lib. 3. Decis. Frisiac. 2. Tit. 10. LAUTERB. Coll. Theor. Pract. lib. 16. Tit. 1. §. 13. 2) wenn der Gläubiger beweisen kan, sie habe vor ihre Bürgschafft von demjenigen, vor den sie sich verbürget hat, Geld und andere Sachen statt einer Belohnung vor ihre Bürgschafft bekommen. l. 23. pr. & §. 1. C. ad SCt. Vellej. SYRUV. S. J. C. Exerc. 21. th. 10. ibique MULLER, STRYCK. Caut. Contract. Sect. 2 c. 6. §. 10. ob auch schon das Geld oder die Sachen, welche sie an statt einer Belohnung vor ihre Bürgschafft bekommen hat, nicht so hoch sich erstrecket, als die Schuld selbst, vor welche sie sich verbürget hat. HERING. de fidejuss. cap. 7. n. 435. BRUNNEM. ad l. 23. C. ad SCt. Vellej. woferne nur der Gläubiger nicht betrüglicher Weise die Weibs-Person zu Annehmung des Geldes oder derer Sachen vor ihre Bürgschafft verleitet hat, oder auch ihr selbst etwas gegeben, daß sie sich nur verbürgen solle, als in welchem Falle, wenn sie gleich Geld bekommen, sich dennoch mit dem SCto Vellejano schützen kan. BRUNNEM. ad l. 23. C. ad SCt. Vellej. STRYCK. Caut. Contr. Sect. 2. cap. 6. §. 10.

Die Continuation dieses Tituls soll jüngsthin folgen.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Vorhoff der gantzen Jurisprudenz Oder Vollständige Einleitung zum Iure Civili, Feudali, Canonico und Publico

Bd.: 26.

Braunschweig (1732)

J.rom.c. 329-25/36
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566049-6
VD18 80294170-001